



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 de droit social général

Dirigé par Madame le Professeur Françoise Favennec-Héry

2021

***Le rôle du juge dans la construction
de la norme sociale***

Étude comparée du droit français et du droit brésilien

Carolina CAUDURO DIAS DE PAIVA

Sous la direction de Madame le Professeur Lydie Dauxerre

1 REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements à Madame le Professeur Lydie Dauxerre, pour ses précieux conseils, son encouragement, sa réactivité, sa compétence et l'intérêt manifesté à l'égard du sujet de ma recherche. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma reconnaissance profonde.

Je remercie aussi l'administration du Tribunal régional du travail de la 4^{ème} région du Brésil, pour m'avoir donné les outils qui m'ont permis de saisir mes études au sein de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas. Je souhaite particulièrement remercier à Monsieur le Juge Francisco Rossal de Araújo, pour ses très utiles consignes qui ont énormément contribué à la rédaction de ce mémoire.

Je remercie Louise Bouchet et Audrey Gimenez, qui m'ont intensément aidé dans la découverte du droit français depuis mon arrivée en France et ont été une importante source d'encouragement dans la réalisation de mon projet d'études.

À Eloiza et à Vicente.

2 LISTE DES ABREVIATIONS

ADCT	Actes des dispositions constitutionnelles transitoires de la Constitution Fédérale du Brésil
ANI	Accord national interprofessionnel
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation et des libertés fondamentales
C.trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme
CF	Constitution fédérale
CLT	Consolidação das leis do trabalho., trad, de consolidation des lois du travail
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CPC	Code de la procédure civile
Coll.	Collection
D.	Recueil Dalloz
DO	Diário oficial da União (presse officielle du Brésil)
Dr. soc.	Revue de Droit social
Ed.	Edition
Ibid.	Ibidem - Au même endroit
Infra	Voir plus loin
JCP	Semaine juridique (JurisClasseur périodique)
JCP S	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition sociale
IPEA	Institut de recherche économique appliquée

OIT	Organisation Internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit	Opus citati – Déjà cité
P.	Page
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
Rapp.	Rapport
Rép. Trav.	Répertoire de Droit du Travail
RDT	Revue de Droit du Travail
RIDC	Revue internationale de droit comparée
SDI-1	Sous-section 1 spécialisée en matière de litiges individuels
SDI-2	Sous-section 2 spécialisée en matière de litiges individuels
SDC	Section spécialisée en matière de litige collectif de travail
SSL	Semaine Sociale Lamy
STJ	Tribunal Superior da Justiça- trad., Tribunal Supérieur de Justice
TSF	Supremo Tribunal Federal - trad., Tribunal Suprême Fédéral
Supra	Voir plus avant V. Voir
T. corr	Tribunal correctionnel
TFUE	Traité de fonctionnement de l'Union européenne
Trad	Traduction
TRT	Tribunal Regional do Trabalho - trad., Tribunal Régional du Travail
TST	Tribunal superior do trabalho - trad., tribunal suprême du travail

*“Il y a une science pour les **législateurs**, comme il y en a une pour les **magistrats** et l’une ne ressemble pas à l’autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, aux hypothèses prévues. ¹”*

¹ Portalis J-E, Discours préliminaire du premier projet de Code civil

3 SOMMAIRE

1 REMERCIEMENTS 2

2 LISTE DES ABREVIATIONS 3

3 SOMMAIRE 6

4 INTRODUCTION 7

5 TITRE 1 : LA REVELATION DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 17

5.1 CHAPITRE 1 : LES JUSTIFICATIONS DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 17

5.1.1 SECTION 1 - DES JUSTIFICATIONS GENERALES 17

5.1.2 SECTION 2 : DES JUSTIFICATIONS NATIONALES 32

5.2 CHAPITRE 2 : LA TRADUCTION DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 44

5.2.1 SECTION 1 : AU BRESIL 45

5.2.2 SECTION 2 : EN FRANCE 61

6 TITRE 2 : L'ENCADREMENT DU ROLE DU JUGE 80

6.1 CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE L'ENCADREMENT DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 80

6.1.1 SECTION 1 : UN CADRE GENERAL 80

6.1.2 SECTION 2 : DES CADRES NATIONAUX 87

6.2 CHAPITRE 2 : LA REALISATION DE L'ENCADREMENT DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 94

6.2.1 SECTION 1 : AU BRESIL 94

6.2.2 SECTION 2 : EN FRANCE 101

7 CONCLUSION 111

8 BIBLIOGRAPHIE : 113

9 TABLE DE MATIÈRES 124

4 INTRODUCTION

Une puissance nulle. « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur »². Un tel enchaînement des juges aux règles de droit, où Montesquieu voyait la garantie contre l'arbitraire, s'est révélé être utopique³ Les relations du jugement et de la norme, du juge et du législateur sont trop complexes et obscures pour qu'on sache encore lequel a historiquement précédé l'autre⁴

L'esprit legaliste marque le droit français contemporain, la loi est omniprésente depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui détermine dans son article 6 que « La loi est l'expression de la volonté générale ». Cela n'est pas différent au Brésil où la Constitution fédérale nous dit que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"⁵ ce qui peut être traduit en français par *personne ne sera obligé de faire ou de ne pas faire quoi que ce soit sauf en vertu de la loi*. Ces dispositions normatives, formulées dans des textes essentiels de ces deux pays, montrent l'importance et l'enjeu autour de la question du juge assumant un rôle normatif.

Le Brésil a été l'influence de la France à diverses reprises au cours de son histoire. La devise brésilienne « *ordem e progresso* » qui orne le drapeau brésilien depuis le XIX^{ème} siècle est elle-même inspirée de la philosophie positiviste du français Auguste Comte. En droit, la première Constitution brésilienne, instaurant une monarchie constitutionnelle, s'inspire des idéaux de la Révolution française. Elle utilise des termes identiques à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De même, le droit privé brésilien est largement inspiré du droit français. Ainsi, le Code civil brésilien de 1916 est influencé par le Code napoléonien. Nonobstant, la France n'était pas la seule à influencer le droit brésilien. Le Brésil, du fait de son histoire et de sa géographie, est un État qui puise son inspiration dans divers pays et influences.

Le Brésil est un terrain propice à l'étude du droit comparé. En effet, son droit s'inspire de divers droits étrangers. Si le droit privé s'est inspiré plutôt de la tradition juridique française, le droit public brésilien s'est surtout inspiré du droit américain. Toutefois, l'actuelle Constitution de 1988 a incorporé de nombreuses règles des droits européens, surtout dans le domaine économique et social. En raison de son inspiration dans des divers droits étrangers, le droit comparé est souvent utilisé dans la

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, GF-Flammarion, 1979. p. 301.

³ SUPIOT A., *Le juge et le droit du travail*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux 1, 1979, p. 1.

⁴ CARBONNIER J., *Sur le caractère primitif de la règle de droit*, Mélanges P. ROUBIER, 1961, T 1, cité dans SUPIOT A., *Le juge et le droit du travail*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux 1, 1979, p. 1.

⁵ Article 5, II, de la Constitution fédérale du Brésil.

doctrine juridique brésilienne, ainsi que par la jurisprudence⁶ Le juge brésilien ne se prive pas de faire de références à d'autres droits⁷.

L'usage du droit comparé permet de mieux connaître et d'améliorer son propre droit. Le droit comparé est également indispensable pour toute tentative d'uniformisation ou d'harmonisation du droit⁸. Ici, la comparaison se fait entre les droits français et brésilien sous le prisme de la place du juge en tant qu'auteur de la construction de la norme sociale.

Précisions terminologiques. Le *juge* est conçu dans cette étude au sens générique, comme toute juridiction, quels que soient son degré dans la hiérarchie (juge de première, instance, juge d'appel, juge de cassation), doté du pouvoir juridictionnel de dire le droit pour trancher un litige⁹. Cela n'empêche pas que l'influence du juge soit analysée en fonction de sa position hiérarchique dans l'ordre judiciaire. Le rôle du juge étant de trancher un litige, sa décision est posée à partir du cas spécifique qui lui est soumis, ayant vocation à s'appliquer de façon limitée aux parties qui en font partie. Ainsi, l'autorité relative de la chose jugée est la limite de son du pouvoir. De ce fait, le rôle du juge est *a priori* incompatible avec la construction d'une norme, définie comme une proposition abstraite et générale, ayant valeur obligatoire¹⁰.

Les systèmes juridiques étudiés trouvent dans la loi la source de droit par excellence, ce qui exclut en principe la valeur obligatoire des précédents. Les précédents sont définis chez Gérard Cornu comme *des solutions déjà adoptées par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables*¹¹. Cependant, le constat dans les deux pays reste que la norme sociale a été construite de façon non négligeable par œuvre prétorienne. Ainsi, des décisions de justice qui sont des normes individuelles, concrètes et catégoriques se muent en une règle de droit générale, abstraite et hypothétique. Cette « construction » est comprise comme l'action d'élaborer un système, et d'en assurer sa réalisation. Elle entraîne des processus de création et de définition des composantes du système normatif. Ainsi, cette construction de la norme dans son ensemble peut avoir lieu soit par l'action de définir la norme elle-même, soit par l'action d'écarter des dispositions incompatibles avec l'équilibre du

⁶ WALD A, « Le droit comparé au Brésil », RIDC, 4-1999, p. 830.

⁷ L'article 8° de la Consolidation des lois du travail permet expressément au juge d'utiliser le droit comparé pour justifier une décision, en l'absence de loi.

⁸ DAVID, R, JAUFFRET-SPINOSI, C, GORÉ, M, Les grands systèmes de droit contemporains, Précis, Dalloz, 12^e ed, 2016, p. 3.

⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 13^e éd. 2020, p. 578.

¹⁰ CORNU G., *op. cit.*, p. 687.

¹¹ CORNU G., *op. cit.*, p. 781.

système. Enfin, la norme sociale est comprise comme celle régissant la vie des travailleurs, plus précisément, les relations de travail.

Le lien entre les deux pays peut paraître au premier abord peu perceptible, même si les deux adoptent un système juridique qui exalte la codification et la loi à la base, en écartant les précédents comme source de droit. Il n'existe pas d'influence et de ressemblances que l'on peut trouver en comparant deux droits européens, deux droits sud-américains ou le droit d'un pays colonisateur et le droit d'un pays anciennement colonisé.

Cependant, l'objet ici est de montrer que malgré des inspirations réciproques limitées, des similitudes et une même logique existent dans les deux droits. En effet, la place du juge en tant qu'auteur de la norme est source de débats dans les deux pays, de tradition romano-germanique. En droit du travail, les enjeux liés sont accentués. Par son caractère de droit ayant pour vocation à concilier les intérêts sociaux et économiques, des mouvements de résistance et de contestation à des choix politiques ont vocation à poursuivre par des recours en justice. Même si les juges ne sont pas a priori pas les acteurs les plus à même de définir la norme sociale, le développement de l'État de droit a banalisé le contrôle du législateur par le juge. Ainsi, la place et le rôle du juge ont évolué dans les 50 dernières années¹² En tant que gardien de la Constitution et des droits fondamentaux, il s'est affirmé comme « un contre-pouvoir du législateur »¹³ c'est-à-dire, susceptible de créer des droits et d'empêcher la loi de déployer ses effets. L'étude de ces deux pays ayant des réalités des traditions juridiques assez distinctes permet de souligner les conséquences qui s'attachent aux choix de politiques jurisprudentielles par les hautes juridictions, ainsi qu'à contribuer à la réflexion des juristes intéressés par le droit comparé.

Loi et juge brésilien. Pour mieux comprendre l'objet de cette comparaison entre les droits français et brésilien, il convient d'analyser le système juridique brésilien et d'identifier la place du juge en droit du travail dans ce pays.

L'équivalent au Code du travail au Brésil est nommé Consolidation des lois du travail. Elle a été promulguée par le Décret-loi 5.451 du 1^{er} mai 1943, afin d'organiser la législation en matière de droit du travail au Brésil. La Consolidation des lois du travail (CLT) rassemblait, dans une codification des lois, l'ensemble des décrets et des lois travaillistes promulgués notamment depuis les années 1930. Elle s'inspire de différents droits étrangers comme le droit allemand et la *Carta del Lavoro* de l'Italie,

¹² NIVARD, C. (dir.), *Justice sociale et juges*, « Transition et justice », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 11.

¹³ *Ibid.*

mais aussi de dispositions de l'encyclique *rerum novarum* et des conventions de l'Organisation Internationale du Travail. De plus, le droit commun et spécialement le Code de procédure civile (CPC), s'applique de façon complémentaire et subsidiaire¹⁴.

Il faut également souligner la place centrale de la Constitution Fédérale dans le droit brésilien, y compris le droit du travail. La constitutionnalisation des droits sociaux est une tradition du droit constitutionnel brésilien depuis la Constitution de 1934, sous influence des Constitutions du Mexique (1917) et de Weimar (1919)¹⁵. Ainsi, l'actuelle Constitution fédérale date de 1988. Elle témoigne des principes, des libertés et des droits en matière du droit du travail et de sécurité sociale qui réaffirment la tradition du constituant brésilien d'inscrire ces droits dans le texte constitutionnel. L'article 6 de la Constitution fédérale du Brésil énumère les droits sociaux, parmi lesquels on retrouve le droit au travail et à la sécurité sociale. Les principaux droits et garanties individuelles et collectives des travailleurs urbains et ruraux sont inscrits dans les articles 7 à 9 de la Constitution fédérale, dans une liste indicative.

Au Brésil, ainsi qu'en France, la fonction de juger émane de l'État. Au Brésil, elle est confiée au représentant du « pouvoir judiciaire »¹⁶ alors, qu'en France, elle est déléguée à l'autorité judiciaire. En outre, en droit français, il est habituel de distinguer les deux ordres de juridictions ainsi que, au sein de chaque ordre, le principe du double degré de juridictions. Cette approche ne trouve pourtant pas son équivalent au Brésil, où on ne connaît qu'un ordre judiciaire, au sommet duquel figure le Tribunal fédéral suprême (STF) en tant que juridiction constitutionnelle.

Le droit du travail est au Brésil une matière à part comme l'est le droit administratif en France. Ainsi, cette branche du droit possède ses propres juridictions et donc son propre tribunal suprême. Les conflits individuels et collectifs en droit du travail sont décidés au sein de la Justice du travail¹⁷, composée par trois degrés de juridiction. Au premier degré, on trouve le juge du travail, qui est un magistrat professionnel appartenant à l'ordre judiciaire, recruté par la voie d'un concours public externe, sous condition de nationalité, de compétences, de titres et d'expérience professionnelle. Au

¹⁴ CPC, art. 15: « En l'absence de règles régissant les processus électoraux, de travail ou administratifs, les dispositions du présent Code leur s'appliqueront de manière complémentaire et subsidiaire ».

¹⁵ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., La contribution du juge du travail en matière d'harcèlement moral en France et au Brésil, thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne 2016, p. 32.

¹⁶ L'article 2 de la Constitution brésilienne énonce le principe de la séparation entre trois pouvoirs : l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire.

¹⁷ En portugais, Justiça do Trabalho.

deuxième degré, on trouve les Tribunaux Régionaux du Travail (TRTs)¹⁸, et au troisième degré le Tribunal Supérieur du travail (TST). Au deuxième et troisième degrés de juridiction, les juges du travail brésiliens sont dénommés, respectivement, « desembargador » et « ministro », termes équivalents aux conseillers de la Cour d'appel et aux Conseillers à la Cour de cassation.

Le Tribunal supérieur du travail, à l'instar de la chambre sociale de la Cour de cassation en France, est la plus haute juridiction travailliste au Brésil dont la fonction est l'unification de la jurisprudence nationale. Au sommet de l'ordre judiciaire, on trouve le Tribunal suprême fédéral (TSF), qui est le « gardien de la Constitution »¹⁹. Ainsi, la plus haute juridiction chargée d'analyser les litiges en droit du travail au Brésil est le Tribunal Supérieur du travail, sauf en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution, où prévaut l'interprétation du Tribunal suprême fédéral. Ainsi, le TST et TSF, du fait de la constitutionnalisation du droit du travail, sont les deux tribunaux de référence pour le droit du travail.

Le système juridique brésilien est fondé sur la suprématie de la Constitution, qui a un pouvoir normatif. Il est fondé également sur un système assez complet de contrôle de constitutionnalité. Le système juridictionnel de contrôle de constitutionnalité brésilien est assez atypique, étant donné son caractère hybride. Il est inséré dans le contexte de l'Amérique latine, où les pays ont une forme particulière d'application de la loi. Cela est dû à l'évolution des régimes latins, qui passent de l'autoritarisme et du populisme à la démocratie libérale. En Amérique latine, un juge peut ne pas appliquer une loi inconstitutionnelle, même s'il existe des tribunaux qui déclarent la constitutionnalité des lois²⁰. D'une part, il a une nette influence des pays de l'Europe continentale. Pour ces derniers, la loi écrite est considérée comme la première source de droit, la jurisprudence n'ayant qu'un rôle secondaire, limité à la suppression de lacunes et d'omissions législatives. D'autre part, l'adoption et les modifications de la Constitution brésilienne ont aussi pris pour modèles certains ordres juridictionnels qui renfermaient une compréhension diverse du droit, issus de la *common law* et principalement, celui des États-Unis, comme le contrôle de constitutionnalité de type diffus.

Il faut souligner également que la place de la doctrine dans le système juridique brésilien est essentielle. Les décisions de justice du TST ou du TSF sont particulièrement longues et ne se privent pas de faire référence à différents articles ou ouvrages de droit.

¹⁸ En portugais, Tribunais Regionais do Trabalho. Il existe vingt-quatre tribunaux régionaux du travail répartis sur tout le territoire national brésilien et leur compétence est limitée à leur région d'implantation.

¹⁹ CF/88, art. 102.

²⁰ STRECK, L. L., *Jurisdição Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 6e édition, 2019, p. 12.

La conception française du pouvoir judiciaire. En France, l'influence du contractualisme de Rousseau et la doctrine de la séparation des pouvoirs de Montesquieu ont été déterminantes pour la direction prise par le constitutionnalisme et sa forme de contrôle. Ainsi, la volonté populaire propagée par Rousseau et l'importance que Montesquieu accordait au législatif (et le peu d'importance qu'il accordait à la magistrature), entraînent un regard extrêmement suspect sur la possibilité d'un pouvoir impopulaire de changer les lois élaborées par la volonté générale du peuple²¹. La conception normative de constitution fut longtemps absente de l'histoire constitutionnelle. Cela est due essentiellement à la conception française du pouvoir judiciaire²² Il faut bien comprendre que la conception normative de la Constitution ne peut avoir de traduction concrète pour les citoyens que par l'intermédiaire des juges. Ce sont les juges qui donnent vie à cette conception.

La méfiance envers le juge en France trouve son origine dans les affrontements récurrents entre les Parlements de l'Ancien Régime et le Roi. La position des Parlements était très ambiguë, car tout en s'affirmant grâce à l'exercice du droit de remontrance, ils devaient aussi conseiller le Roi. Or leurs refus de plus en plus fréquents d'enregistrer les ordonnances royales transformèrent le droit de remontrance en véritable droit de veto, paradoxalement à l'origine de leur toute-puissance. Le bras de fer avec le pouvoir royal se poursuivait alors avec le recours aux itératives remontrances, sorte de second veto, pour finalement se conclure par le lit de justice, rappelant ainsi aux Parlements qu'ils ne disposaient pas du dernier mot et qu'ils étaient dépositaires seulement d'un pouvoir délégué, c'est-à-dire, consenti par le Roi. De plus, des jugements en équité des Parlements sous-tendus par les relations conflictuelles entretenues avec le Roi, surtout dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, vont également nourrir la méfiance des révolutionnaires à l'encontre du pouvoir judiciaire. L'argument historique de la Puissance des Parlements a su rencontrer des arguments théoriques chez Locke et Montesquieu pour mettre à l'écart la fonction juridictionnelle²³.

Après les excès commis par les Parlements sous l'Ancien Régime, la loi des 16-24 août 1790 a fixé les nouveaux rapports du pouvoir judiciaire avec les autres pouvoirs, mais dans un premier temps avec le pouvoir législatif. À l'égard de celui-ci, deux articles furent décisifs. Il s'agissait d'abord de l'article 10 qui stipulait : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture ». Cet interdit visait à mettre un terme aux remontrances et refus d'enregistrement que les Parlements opposaient au roi lorsque l'ordonnance royale

²¹ HOURQUEBIE, F, Le pouvoir juridictionnel en France, LGDJ-Lextenso éd., 2010, p. 11

²² ZOLLER E., MASTOR W., Droit constitutionnel, PUF, 3^e ed. 2021, p. 197.

²³ HOURQUEBIE, F, Le pouvoir juridictionnel en France, LGDJ-Lextenso éd., 2010, p. 12

leur déplaisait et que le souverain ne pouvait briser que par un « lit de justice » auquel il devait d'assister puisque c'était par sa seule présence que les pouvoirs du Parlement s'évanouissaient. Il s'agissait ensuite de l'article 12 qui interdisait les « arrêts de règlement », c'est-à-dire les décisions de justice qui ne se contentaient pas de statuer sur un litige déterminé, mais qui indiquaient les règles à suivre dans l'avenir pour résoudre des litiges similaires. Cette interdiction est passée dans l'article 5 du Code civil français. Le même article 12 témoignait aussi de l'extrême méfiance des révolutionnaires vis-à-vis des juges puisqu'il allait jusqu'à leur interdire d'interpréter la loi et les obligeait en cas de besoin à recourir au législateur lui-même pour lui demander son interprétation. Ce système du « référé législatif » était difficilement praticable ; il a d'ailleurs été peu appliqué et a été définitivement condamné avec l'article 4 du Code civil²⁴.

Enjeux théoriques. Les deux pays sont qualifiés comme intégrant de la famille de droit roman-germanique. Selon la doctrine traditionnelle, la loi, considérée *lato sensu*, est en apparence, la source primordiale du droit dans les pays de cette famille. Ce sont des « pays de droit écrit ». Ainsi, les juristes cherchent avant tout à découvrir les règles et solutions de droit en partant des textes législatifs ou réglementaires, émanant du parlement ou des autorités gouvernementales ou administratives²⁵. La tâche des juristes semble être essentiellement de découvrir, à l'aide de procédés variés d'interprétation, la solution qui dans chaque cas correspond à la volonté du législateur. Les sources autres que la loi paraissent, dans cette analyse, occuper une place subordonnée et d'importance réduite. Cependant, les comparatistes René David, Camille Auffret-Spinosi, et Marie Goré, soulignent que cette analyse, si courant qu'elle soit, est en fait « très éloignée de la réalité, de plus en plus à notre époque »²⁶. Ils estiment que « La doctrine en laquelle se résume cette description peut bien avoir été l'idéal d'une certaine école de pensée, dominante au XIXe siècle en France. Elle n'a jamais été pleinement acceptée par la pratique, et l'on reconnaît sans hésitation dans la théorie même aujourd'hui, que la souveraineté absolue de la loi est, dans les pays de la famille romano-germanique, une fiction »²⁷.

La place attribuée aux décisions judiciaires, parmi les sources de droit, oppose traditionnellement les droits de la famille romano-germanique à la *common law*. Toutefois, la doctrine souligne que cette opposition perd de plus en plus sa raison d'être²⁸, vu que les différences entre les deux systèmes fondés sur la place de la jurisprudence « affectent plus les détails que les principes ». René

²⁴ ZOLLER E., MASTOR W., Droit constitutionnel, PUF, 3^e ed. 2021, p. 201.

²⁵ DAVID, R, JAUFFRET-SPINOSI, C, GORÉ, M, Les grands systèmes de droit contemporains, Précis, Dalloz, 12^e ed, 2016, p. 89.

²⁶ DAVID, R, JAUFFRET-SPINOSI, C, GORÉ, M, op. cit, p. 90.

²⁷ Ibid.

²⁸ MALLET, E. *Introdução*, in ZUCATTI PRITSCH C., ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA, F., DA COSTA HIGA, F, MARANHÃO, N., Precedentes no Processo do Trabalho, RT, 2020 29 DAVID, R, JAUFFRET-SPINOSI, C, GORÉ, M, op. cit, p. 119.

David, Camille Auffret-Spinosi, et Marie Goré estiment encore que « pour juger l'importance qu'ont, dans l'élaboration du droit, les décisions judiciaires, il faut, ici encore, se défier des formules toutes faites qui, dans le dessein de souligner l'exclusivisme de la loi, refusent la qualité de source du droit à la jurisprudence. Ces formules sont quelque peu dérisoires lorsqu'elles sont employées dans des pays, tels que la France ou l'Allemagne, où la jurisprudence a, en plusieurs domaines, assumé un rôle de premier plan dans l'évolution du droit et où les ouvrages de doctrine, bien souvent, ne font pas autre chose que l'exégèse de la jurisprudence »²⁹.

Au fil des dernières années, le Brésil a entamé un processus progressif de reconnaissance des précédents comme source de droit, en adoptant des techniques inspirées de la famille de *common law*. Ainsi, une place privilégiée aux décisions judiciaires a été reconnue depuis l'amendement constitutionnel 45/2004, qui a admis que le Tribunal suprême fédéral puisse, à des conditions de vote spécifique, émettre une « Súmula vinculante ». Cette règle est édictée à la suite de plusieurs décisions constantes de la Cour en matière constitutionnelle et a pour objectif de fixer le droit sur une question controversée. Cette « súmula vinculante » s'impose à toutes les juridictions et également à toutes les administrations sur le plan fédéral, étatique ou local³⁰. Le Code de la procédure civile édicté en 2015 renforce l'autorité de la jurisprudence. La France n'a pas adopté des techniques similaires, ce qui n'a pas empêché le juge de faire œuvre créatrice, participant à l'évolution du droit derrière le processus de l'interprétation des textes. Or, celui-ci est de plus en plus complexe compte tenu de l'enchevêtrement des normes internes et internationales. Ainsi, la jurisprudence en France joue un rôle créateur dans la mesure où elle s'éloigne de la simple exégèse.

Le juge en droit social. Si place privilégiée de la jurisprudence dans la construction de la norme est soulignée dans les deux pays étudiés, elle est encore plus intense en s'agissant du droit du travail. Tandis que les civilistes débattent sur la question de savoir si la jurisprudence est une source de droit³¹, en droit du travail le constat est celui de la multiplicité des hypothèses d'inventivité jurisprudentielle. Le propos est révélé dans le rapport déposé par la commission *de Virville* intitulé « Pour un Code du travail plus efficace ». Dans son introduction consacrée à la recherche des causes des difficultés d'application du droit du travail, la commission, composée de praticiens et d'experts (chef d'entreprise, responsable des ressources humaines, professeur d'université, ancien responsable syndical, directeur départemental du travail, inspecteur du travail, juges, avocats), rappelle que « la jurisprudence constitue une source particulièrement importante en ce qui concerne le droit du travail » ajoutant qu'il existe « une sorte de concurrence entre le législateur et le juge dans la production de la règle de droit

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CF/88, art. 103-A.

³¹ GHESTIN J, GOUBEUX G, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed, 1994, p. 434

»³². Jean Pélissier, Antoine Jeammaud et Alain Supiot estiment que la chambre sociale de la Cour de cassation a développé une « jurisprudence normative »³³. Jean-Emmanuel Ray remarque qu' « en droit du travail, il n'est pas exagéré de dire que si le législateur propose le juge dispose »³⁴. En France, le rôle créateur n'est pas à l'œuvre seulement des juges nationaux, puisque la montée en puissance du juge correspond également à un contexte d'internalisation du droit. La France s'est largement engagée au niveau international et européen dans des coopérations qui la lie à des actes supranationaux. En ce sens, les décisions notamment de la Cour de Justice de l'union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont un apport non négligeable dans la construction du droit social national.

Au Brésil, l'influence grandissante des décisions des juges sur la vie collective, spécialement en droit du travail, est présentée comme l'une des tendances les plus significatives des dernières décennies³⁵. Le rapport du sénateur brésilien Ricardo Ferraço sur le projet de réforme de la loi du travail de 2017 (PLC n° 38), rappelle que des mesures importantes pour la réforme de la consolidation des lois du travail sont le résultat d'attitudes militantes et de l'interprétation normative des juges en la matière³⁶. Le ministre du Tribunal supérieur du travail Ives Gandra da Silva Martins filho mentionne l'existence d'un « activisme judiciaire » au sein de la Justice du travail brésilienne, responsable de la création de nouveaux droits pour la classe ouvrière³⁷.

Enjeux pratiques. Ce rôle accru du juge en droit social est en mesure de conduire à des situations paradoxales. Dans des pays où la loi, expression de la volonté du peuple, est la source de droit par excellence, le recours au juge devient une voie efficace de contestation d'une mesure qu'elle soit réglementaire ou législative, ainsi que de création des droits. En France, cette situation paradoxale est accentuée, vu que l'interférence n'est pas exclusive du juge national, mais également du juge européen. Ce rôle accru peut entraîner une sollicitation croissante des juges suprêmes (tel est le cas du Brésil) ou

³² DE VIRVILLE, M., Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, janv. 2004, p. 13

³³ PÉLISSIER Jean, SUPIOT, Alain, JEAMMAUD Antoine, Droit du travail, 22^e édition, Précis, Dalloz, 2004

³⁴ Ray, J.E, *Droit du travail, Droit vivant : Liaisons 2009-2010*, n° 67, cité par FROUIN, Jean-Yves, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501

³⁵ DE ASSIS, L. F., *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*, thèse de doctorat, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 35

³⁶ FERRAÇO, R. *Parecer ao PLC n° 38, de 2017*. disponible sur <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5333909&ts=1534273719499&disposition=inline&ts=1534273719499>

³⁷ GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, I., *Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito*, Revista de direito do trabalho e seguridade social, São Paulo, SP, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fév. 2021.

européens, en France, pour connaître des législations controversées³⁸ La voie judiciaire pouvant même être perçue par les opposants comme un « dernier recours », une fois les moyens politiques épuisés. Selon Carole Nivard, « d'un côté, l'appel croissant au juge pourrait être perçu comme un perfectionnement de la démocratie. De l'autre, il ne pourrait être qu'un des symptômes de la crise de la démocratie politique et sociale et apparaître dès lors comme un dévoiement de la démocratie »³⁹.

Ces situations paradigmatiques ont conduit les juristes à tenter de comprendre le phénomène de la montée en puissance du rôle du juge en droit social, malgré les contraintes imposées par les textes dans ces pays qui font partie de la famille romano germanique. Ainsi, comment s'exprime le rôle du juge dans la construction de la norme sociale dans les pays étudiés ?

Dans les deux pays étudiés, il semble de plus en plus difficile de nier à la jurisprudence, la condition de source du droit. Cependant, il s'agit d'une source que n'est pas libre. L'enjeu tient du fait que la légitimité de la création du droit par les juges se trouve dans les contraintes pesant sur eux-mêmes. Par conséquent, deux étapes distinctes se profilent. La première est dédiée à la démonstration de comment le rôle normatif du juge a été révélé dans les deux pays (Titre 1), tandis que la deuxième se consacre à démontrer comment ce rôle est encadré (Titre 2).

³⁸ NIVARD, C. (dir.), *Justice sociale et juges*, « Transition et justice », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 12.

³⁹ NIVARD, C. (dir.), *Justice sociale et juges*, op. cit, p. 12.

5 TITRE 1 : LA REVELATION DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE

Constat - L'influence du juge dans la construction de la norme sociale pourrait *a priori* surprendre dans des systèmes juridiques fondés sur la prééminence de la loi votée par le Parlement, le rôle du juge étant limité à son application. Cependant, dans les deux pays, la suprématie de la loi n'a pas suffi à priver le juge de toute liberté dans la mise en œuvre des normes.

Il faut cependant identifier les sources de la liberté des magistrats et la façon dont le juge l'utilise dans les pays étudiés. Ainsi, dans un premier temps, les justifications du rôle du juge dans la construction de la norme sociale seront abordées (Chapitre 1) avant d'analyser la traduction du rôle du juge dans la construction de la norme sociale (Chapitre 2).

5.1 Chapitre 1 : Les justifications du rôle du juge dans la construction de la norme sociale

Appréhension - Le constat de l'augmentation de l'influence des décisions des juges conduit à l'analyse des différentes conditions ayant entraîné la montée en puissance du pouvoir juridictionnel et si la contribution dans le cadre du droit du travail s'ordonne autour de causes spécifiques. Cela amène à se poser plusieurs questions encore aujourd'hui. Cette montée en puissance découle-t-elle des transformations sociales, de la volonté des juges ou du choix de ceux qui créent les lois et les textes à valeur constitutionnelle ? L'expansion du pouvoir judiciaire est-elle due à ces conditions, ou la volonté des juges est-elle la cause de ce changement ?

Pour tenter d'apporter des éléments de réponse à ces questions, le panorama général et les conditions spécifiques du Brésil et de la France doivent être mis en exergue, afin de mettre en lumière ce qui différencie ou ce qui rapproche d'un pays à l'autre l'intervention du juge.

Le rôle dévolu à la jurisprudence dans la production du droit du travail heurt à des conditions générales partagés par la France et le Brésil (Section 1) mais s'explique aussi par des éléments propres à chacun de ces pays (Section 2).

5.1.1 Section 1 - Des justifications générales

Similarité - La première question qui se pose pour analyser l'accroissement du rôle du juge

est celle de sa place dans la société et l'usage des pouvoirs qui lui sont conférés. Les justifications de sa plus grande influence dans la construction de la norme sociale trouvent des conditions qui sont similaires dans les deux pays analysés. S'il est vrai qu'un contexte particulier favorise la consécration d'un rôle plus actif en droit social (Paragraphe 1), encore il faut ajouter le pouvoir qui découle de l'obligation de dire le droit (Paragraphe 2).

5.1.1.1 Paragraphe 1 - Un contexte favorisant la création de la norme sociale par le juge

Raisons - Le scénario qui permet au juge de devenir davantage un acteur et moins un simple exécutant de la norme sociale est complexe. Il découle d'une combinaison de facteurs conjoncturels et structurels observables dans les deux pays étudiés. Ainsi, ce phénomène peut être compris comme le résultat d'éléments conjoncturels qui donnent lieu à l'augmentation du recours au juge (I) et qui sont accentués par des raisons structurelles qui tiennent même à l'objet du droit du travail, révélateur de particularismes (II).

5.1.1.1.1 I - L'accroissement du recours au juge

L'office du juge se trouve au cœur des transformations démocratiques⁴⁰. Dans ce scénario, l'accroissement du recours au juge doit être appréhendé à la lumière des phénomènes de judiciarisation (A) et de consommation de masse de la justice (B).

5.1.1.1.1.1 A. *La judiciarisation*

Constat - Il n'est plus possible de penser aux différentes missions du juge sans évoquer en parallèle la politique. Ce constat en France est remporté dans un rapport officiel sur l'office du juge au XXI^e siècle⁴¹ et la doctrine reconnaît que la judiciarisation des questions de société est plus présente que jamais, ce qui s'explique par « une demande forte faite aux juges de régler des conflits »⁴². Au Brésil, le juge du Tribunal Suprême Fédéral Luis Roberto Barroso déclare expressément que la Cour suprême est devenue un véritable pouvoir politique, capable de faire appliquer la Constitution et les lois, même en confrontation avec les autres pouvoirs⁴³.

⁴⁰ GARAPON, A., PERDRIOLLE, S., BERNABÉ, B., KADRI, C. : La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI^e siècle, juil. 2013, p. 25.

⁴¹ Ibid, p. 25

⁴² DRAGO, G., « On sollicite le juge parce qu'on n'est plus capable de régler en interne des conflits, par la négociation » . - 3 questions à Guillaume Drago, JCP G, 2017, P. 294

⁴³ BARROSO, L. R., *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p. 24

Effets – La judiciarisation comporte une pluralité de processus. Comme l’explique PÉLISSE, elle comporte l’expansion du pouvoir judiciaire, ainsi qu’un déplacement de grande ampleur du pouvoir s’observant au niveau international, au législatif vers le judiciaire (notamment les cours suprêmes) et d’autres institutions juridiques, comme agences de régulation ou de normalisation, cours d’arbitrage). Le phénomène peut désigner également un système politique où les acteurs dominants du jeu politique deviennent les professionnels de la justice et où le pouvoir décisionnel se déplace devant les tribunaux⁴⁴. La judiciarisation a pour effet que certaines questions de grande répercussion politique ou sociale sont décidées par le juge, et non par les instances politiques traditionnelles comme le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ainsi, la judiciarisation implique un transfert de pouvoir aux juges et aux tribunaux, avec des changements significatifs dans le langage, des arguments et du mode de participation de la société⁴⁵. Le terme générique de *judiciarisation* recouvre trois phénomènes distincts, mais convergents. Ces phénomènes manifestent en réalité le passage d’un modèle démocratique à un autre. La judiciarisation est le signe d’une crise dans le sens d’une mutation, elle révèle l’épuisement d’un mode de régulation et appelle à la mise en place d’un autre.

Sens - La judiciarisation *stricto sensu* désigne la tendance constatée ces dernières décennies à faire du juge (comme figure abstraite, car il ne s’agit pas des mêmes juges et ils observent des procédures très différentes dans de multiples juridictions) l’arbitre de questions qui étaient auparavant autonomes. Ainsi, en France, la montée en puissance du Conseil constitutionnel a judiciarisé le processus législatif, que la création de la Cour pénale internationale a intensifié la judiciarisation de la vie internationale, ou encore la multiplication des affaires de corruption qui perturbent, voire mettent un terme à des carrières politiques, a judiciarisé la vie politique⁴⁶. Certaines professions qui jouissaient d’une immunité de fait se sont vues dans les mêmes années attirées devant la justice, comme les congrégations religieuses à qui des prêtres défroqués demandent la requalification de leurs vœux en contrats de travail. Cette judiciarisation frappe d’autant plus les esprits qu’elle concerne des institutions symboliques (la souveraineté des États, le Parlement, la religion) qui voient leur statut symbolique diminué.

Portée - Au Brésil, le Tribunal Suprême Fédéral a récemment statué ou entamé des discussions sur des sujets relatifs par exemple aux politiques gouvernementales, impliquant la constitutionnalité des aspects centraux de la réforme des retraites (contribution des personnes inactives)

⁴⁴ PÉLISSE, J. La judiciarisation des luttes sociales questionnée. Perspectives sociologiques, *in* NIVARD, Carole (dir.), *Justice sociale et juges*, « Transition et justice », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 152.

⁴⁵ Ibid, p. 24

⁴⁶ GARAPON, A., PERDRIOLLE, S., BERNABÉ, B., KADRI, C : La prudence et l’autorité : l’office du juge au XXI^e siècle, juil 2013, p. 25

et de la réforme judiciaire (création du Conseil national de Justice) ; aux relations entre les pouvoirs, avec la détermination des limites légitimes d'action des commissions parlementaires d'enquête (telles que les violations du secret et l'emprisonnement) et le rôle du procureur dans les enquêtes pénales ; aux droits fondamentaux, y compris les limites de la liberté d'expression en cas de racisme ; à la définition de l'application du régime juridique des grèves dans le secteur privé vers la fonction publique⁴⁷.

La *juridictionnalisation* désigne la pénétration de la forme juridictionnelle dans les différentes instances du gouvernement national ou international, comme en témoignent les autorités administratives indépendantes ou les sous-commissions de l'ONU, qui fonctionnent de plus en plus comme des juridictions sans en avoir le nom⁴⁸.

Ces premières formes de judiciarisation correspondent à un phénomène essentiellement *qualitatif*, qui doit être distingué d'une autre acception du terme relative à l'augmentation *quantitative* du contentieux. Ainsi, la justice tend à devenir un bien de consommation courante. La judiciarisation favorise une consommation en masse de la justice.

5.1.1.1.2 B. *La consommation de masse de la justice*

Procéduralisation - La judiciarisation de la société s'est traduite, durant le demi-siècle dernier, par une augmentation des contentieux, ce qui a été constaté en France dans le rapport mené par l'Institut des Hautes Études sur la Justice de 2013⁴⁹. Cette raison purement quantitative – incontestable mais qui demanderait à être affinée selon les contentieux et les époques⁵⁰ – n'explique pas à elle seule l'accroissement significatif de la demande de justice qui provient aussi de la montée en puissance des victimes, de la place désormais centrale de la sécurité dans le discours politique et d'une tolérance moindre aux incivilités.

Un besoin de justice est quasi infini et se croise avec des ressources de plus en plus modestes. C'est une contradiction que doit résoudre la justice. Au Brésil, le rapport « Justiça em números », ou *la justice en chiffres*, élaborée par le Conseil National de Justice (CNJ), montre qu'en décembre

⁴⁷ BARROSO, L. R., *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p. 25

⁴⁸ Un exemple en droit du travail est la procédure de réclamation régie par les articles 24 et 25 de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail

⁴⁹ GARAPON, A., PERDRIOLLE, S., BERNABÉ B., KADRI, C : *La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIe siècle*, juillet 2013, p. 25

⁵⁰ Selon le rapport, le contentieux traité par l'ensemble des juridictions en France se stabilise depuis quelques années, voire diminue dans certains domaines.

de 2019, la Justice brésilienne avait 77,1 millions de cas judiciaires en cours⁵¹, pour une population estimée à environ 210.147.125 personnes⁵².

On vérifie, à la fois au Brésil et en France, une transition entre l'État administratif et le management, le vis-à-vis à partir duquel aujourd'hui l'office du juge devient un acte de gestion. La montée en puissance de son rôle résulte d'une société contentieuse⁵³. De plus, en ce qui concerne le droit du travail, certaines particularités font que les juges jouent un rôle encore plus prononcé dans la construction de la norme.

5.1.1.2 II - Les particularismes du droit du travail

Vocation - Le droit du travail est un droit qui induit un recours au juge beaucoup plus important que dans d'autres matières. Ses caractéristiques particulières, qui ont provoqué à l'origine confusion et résistance dans la doctrine et la jurisprudence, configurent le phénomène qui se qualifie comme le particularisme du droit du travail⁵⁴. La première singularité du droit du travail, est qu'il s'agit d'un droit né pour résoudre des problèmes sociaux que le droit traditionnel n'est pas à même d'appréhender⁵⁵. Le droit du travail a donc, depuis son origine, une vocation à être différent. L'appropriation par la jurisprudence d'un rôle créateur est le résultat des raisons permanentes qui tiennent à l'objet même du droit du travail (A) et à l'insuffisance du droit commun pour régler les rapports de travail (B).

5.1.1.2.1.1 A. *L'objet du droit du travail*

Objet - On ne peut pas interpréter et appliquer le droit du travail sans avoir à l'esprit sa raison d'être. L'objet du droit du travail est évidemment la relation de travail, qui se retrouve en étroite connexion avec la vie économique et sociale dont elle est tributaire (1°), et qui, par ses caractéristiques, répond à un souci de protection (2°).

⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA : Rapport annuel Justiça em números, 2020

⁵² L'estimation provient de l'Institut brésilien de géographie et de statistique et peut être consultée sur https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/estimativa_dou_2019.pdf

⁵³ DRAGO, G., « On sollicite le juge parce qu'on n'est plus capable de régler en interne des conflits, par la négociation » . - 3 questions à Guillaume Drago, JCP G, 2017, p. 294

⁵⁴ L'expression est employée par Paul Durand, dans son article « *Le particularisme du droit du travail* », Dr. social 1945, p. 298.

⁵⁵ BARBAGELATA, H-H, O particularismo do direito do trabalho, Ltr, 1996, p. 112

1° L'économique et le social

Débats - L'économique et le social constituent une matière mouvante, en évolution permanente, posant une série des questions inédites, que le législateur n'a pas toujours eu le temps d'intégrer et encore moins d'anticiper, de sorte que c'est bien souvent au juge de les trancher ou de les appréhender en posant directement des solutions de principe, qui sont en pratique de véritables règles de droit, dès lors que le droit positif ne fournit pas encore des éléments de réponse⁵⁶. Illustre le propos l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001 relatif à la légalité du contrôle exercé par l'employeur sur les messages émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail⁵⁷. Dans l'espèce, confrontée à des situations inédites portées par l'évolution de la société et qui n'avaient pas été réglementées, la Cour de cassation a été conduite à poser en règle que le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, qui implique en particulier le secret des correspondances, dès lors l'employeur ne peut sans violer cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail. Un exemple emblématique au Brésil est l'extension par le Tribunal Supérieur du Travail du droit à la pause consacrée aux salariés qui développent les activités de dactylographie et comptabilité aux salariés en utilisant les nouveaux instruments découlant de l'évolution du numérique⁵⁸.

En outre, le caractère incertain et changeant de la vie économique et sociale, mais également de sa représentation, nous laisse entrevoir une extrême mobilité des normes qui composent le droit du travail dans la mesure où il est utilisé comme un droit « instrumental », un outil au service d'une politique économique et sociale⁵⁹. De même qu'en France, qui a vécu une multiplicité des réformes entre 2008 et 2019, pour adapter le droit du travail à la société française selon les objectifs des différents gouvernements, le Brésil a entrepris une importante réforme de la loi du travail récemment, dans le même but. Après 14 ans de gouvernement du Parti des Travailleurs, la loi n° 13.467 de 2017 a modifié plus de cent articles de la Consolidation des lois du travail, afin d'adapter la législation aux nouvelles relations de travail et aux lignes directrices du nouveau gouvernement.

La relation de travail est immergée dans l'économique et le social, avec des caractères essentiellement mouvant et changeant de la vie économique et sociale. Ainsi, il résulte que la norme

⁵⁶ FROUIN, J.-Y., *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°46-47, 2009, p.1516

⁵⁷ Cass. Soc. 2 octobre 2001, 99-42.942, *J.-E. Ray, Courrier privé et courrier personnel : Dr. soc. 2001, p. 915.*

⁵⁸ Tribunal Supérieur du Travail, Súmula 346.

⁵⁹ FROUIN, J.-Y., *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP s 2009, p.1516

juridique en droit du travail destinée à l'encadrer, qu'elle soit d'origine légale ou d'origine prétorienne, est naturellement floue, imprécise, car elle repose en toute hypothèse sur des données largement factuelles dont elle emprunte les traits caractéristiques. Dans ces conditions, la marge d'interprétation et d'appréciation du juge du travail (dont son autonomie dans l'élaboration du droit) est considérable dès lors que c'est à lui qu'il revient d'en déterminer le contenu et d'en dégager le sens. Tel est le cas lorsque le législateur recourt à ce qu'il est convenu d'appeler des standards ou des notions à contenu variable ou déterminé, comme la cause réelle et sérieuse du licenciement en France ou l'acte préjudiciel à l'honneur ou bonne réputation de quelqu'un pratiqué par un salarié pendant le travail, ce qui justifie un licenciement par faute au Brésil⁶⁰.

De plus, il s'agit d'un droit qui règle les rapports de travail. Ces rapports ont toujours une dimension collective, car le monde du travail emporte une certaine solidarité entre ses auteurs. Cette solidarité permet une manière d'agir collectivement face à des problèmes de travail individuels ou généraux, qui sont supposés être propres aux individus et à leurs groupes⁶¹. Selon Hector-Hugo Barbagelata, la dimension collective des relations de travail entraîne que les conflits individuels soient projetés dans l'environnement social. De ce fait, une interprétation jurisprudentielle, même erronée, parvient à se généraliser et pénètre profondément dans la conscience collective, agissant avec autant ou plus de force que la loi⁶².

Étant donné que le droit du travail a pour objet l'économique et le social, de la recherche d'un équilibre entre ces deux variantes, il est né un droit protecteur.

2° Un souci de protection

À l'instar d'autres droits comme le droit de la consommation, le droit du travail a été conçu comme un droit protecteur. La protection est une caractéristique de branche du droit⁶³. À ce titre, son but est moins d'assurer la sécurité juridique des relations que de permettre aux salariés de bénéficier d'une possibilité de faire valoir leurs droits. Dès lors, cela induit nécessairement le regard plus attentif du tiers qu'est le juge pour vérifier le respect des conditions légales et l'absence d'abus.

Dans le cadre de ces droits protecteurs, on constate une législation qui ouvre des zones de

⁶⁰ Consolidação das leis do trabalho, art. 482, "j".

⁶¹ BARBAGELATA, H-H, O particularismo do direito do trabalho, Ltr, 1996, p. 115.

⁶² Ibid, p. 116.

⁶³ SUPIOT, A., *Pourquoi un droit du travail ?*, Droit social 1990, p. 485 .

contrôle bien plus grandes, avec notamment une vigilance du juge sur les clauses contractuelles et les conditions de leur exécution. Par essence protecteur, le droit du travail fixe de très nombreuses normes dont le respect doit être vérifié, il impose également au juge, au-delà de l'apparence contractuelle, de se préoccuper de la manière dont ces normes sont mises en œuvre.

Équilibre - Cette législation entraîne une « politique jurisprudentielle » plus dense. Le droit du travail, et les récentes réformes ne le démentent pas, est une permanente recherche d'équilibre entre les préoccupations sociales et les préoccupations économiques. De ce fait, la place de la jurisprudence est d'autant plus importante que la législation est changeante, dépendante de ces conceptions politiques. Comme l'explique Laurence Pécaut-Rivolier « le rôle particulièrement fort du juge en droit du travail ouvre nécessairement des zones d'aléa. Aléa intrinsèque d'une décision qui tranche entre deux thèses contraires. Aléa angoissant d'une décision qui intervient toujours *a posteriori*. Aléa aussi, il faut l'admettre et l'assumer, lié à la nature humaine de celui qui juge »⁶⁴.

Le particularisme du droit du travail se manifeste également par les caractéristiques du droit applicable à la relation de travail.

5.1.1.2.1.2 B. *L'insuffisance du droit commun*

Codification et constitutionnalisation. Si l'on fait abstraction des sources internationales (notamment les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail) et des sources négociées du droit du travail, le droit applicable à la relation de travail, est naturellement le droit issu du Code du travail en France, auquel il y a lieu d'ajouter le droit civil, puisqu'il résulte de la loi que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun⁶⁵. Au Brésil, la Constitution Fédérale de 1988 a un large éventail de droits consacrés aux travailleurs urbains et ruraux, puis les relations de travail sont régies par la Consolidation des lois du travail, qui est complétée par des lois spécifiques à certaines matières⁶⁶. Alors qu'en France est appliqué le droit commun au contrat de travail, l'article 8°, §1° de la Consolidation des lois du travail dispose que le droit commun est une source subsidiaire du droit du travail.

Interactions. L'application simultanée, cumulative et concurrente, entre le droit du travail

⁶⁴ PÉCAUT-RIVOLIER, L., Le juge dans le droit du travail d'aujourd'hui, Dr. Soc. 2018, p. 79

⁶⁵ C. trav., art. L. 1221-1.

⁶⁶ Par exemple, la loi 5.889, du 8 juin 1973 régit le travail rural et la loi 7.783, du 28 juin 1989 régit le droit de grève au Brésil.

et le droit civil qui paraît découler de ces règles a été, un temps, source de débats doctrinaux⁶⁷ et de difficultés jurisprudentielles sous forme de contrariété de normes. Dans les deux pays étudiés, il n'est plus guère discuté aujourd'hui que les deux branches du droit ne sont pas dans des rapports de principe (droit commun) à l'exception (droit du travail), qui impliqueraient une application restrictive du droit du travail aux relations de travail, mais bien plutôt dans des rapports de principal (droit du travail) à subsidiaire (droit commun). En d'autres termes, le droit du travail s'applique pleinement, à titre principal et de manière autonome, aux conflits du travail. Et, s'il ne comporte pas de norme propre à régler une question, il est normalement recouru aux règles, techniques ou principes de droit commun. Cela étant, d'une part, que le Code du travail français et la Consolidation des lois du travail au Brésil ne règlent pas toutes les questions propres, spécifiques, à la relation de travail, et d'autre part, le droit civil se heurte au particularisme du droit du travail, ce qui ouvre des espaces très larges pour une construction prétorienne du droit du travail.

Il découle de la règle légale selon laquelle le contrat de travail est soumis au droit commun (*C. trav., art. L. 1221-1 et CLT, art. 8°, §1°*) que lorsqu'une question de droit n'est pas réglée par le droit du travail, on revient au droit commun, c'est-à-dire le droit civil. La difficulté est que le droit du travail s'est construit dans une large mesure contre le droit civil, ou si l'on préfère contre l'application du droit commun des contrats à la relation de travail et qu'il existe un conflit de logiques entre le droit du travail et le droit civil. Un élément commun à toute réglementation des relations de travail individuelles découle du fait qu'elles sont fondées sur un type de conflit permanent. Cela résulte du fait que les acteurs appartiennent à des positions différentes et opposées dans le système productif⁶⁸. Ainsi, les contradictions entre la logique égalitaire du droit civil des contrats et la logique protectrice du droit du travail favorisent le rôle normatif du juge⁶⁹.

Illustration. En France, la clause de non-concurrence, fréquente dans les contrats de travail, n'est pas visée par le Code du travail. Jusqu'en 1996, la Cour de cassation en admettait la validité de principe sur le fondement du principe civiliste de la liberté contractuelle sauf à préciser qu'elle devait être limitée dans le temps ou dans l'espace. À partir de 1996, c'est une position inverse qui est adoptée. Au visa du principe constitutionnel de la liberté du travail dégagé par la Cour de cassation elle-même, remplacé ultérieurement par le principe fondamental (d'inspiration travailliste) de libre exercice d'une activité professionnelle également créé par la Cour de cassation, la clause de non-concurrence n'est valable que pour autant qu'elle satisfait à un certain nombre de conditions préalables⁷⁰. Une position

⁶⁷ LYON-CAEN, *G Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail* : RTD civ. 1974, p. 229. – COUTURIER, *G, Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur* : D. 1975, p. 151 et p. 221.

⁶⁸ BARBAGELATA, H-H, *O particularismo do direito do trabalho*, Ltr, 1996, p. 114.

⁶⁹ FROUIN, J-Y, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2009, p.1516.

⁷⁰ *Cass. soc., 10 juill. 2002* : Bull. civ. 2002, V, n° 239 72.

analogue est adoptée en ce qui concerne la clause d'exclusivité qui n'est pas licite pour un travailleur à temps partiel en raison du principe travailliste de la liberté du travail⁷¹. Le salarié peut demander la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'autre partie, en application de l'article 1184 du Code civil, mais interdiction en est faite à l'employeur⁷². Au Brésil, prenons un exemple classique, qui est la discussion doctrinale et jurisprudentielle en ce qui concerne l'application de l'article 940 du Code Civil dans le cadre des rapports de travail. L'article dispose que si quiconque réclame une dette déjà payée, en tout ou en partie, sans épargner les sommes reçues, ou demander plus que ce qui est dû, il sera obligé de payer le débiteur, dans le premier cas, le double de ce qu'il a facturé et, dans le second, l'équivalent de ce qui en est exigé. La jurisprudence du Tribunal Supérieur du Travail n'admet pas l'application de l'article 940 du Code civil, aux salariés, puisqu'une telle application est incompatible avec le principe protecteur du droit du travail⁷³.

Le rôle du juge est accru en raison d'une forte sollicitation de la justice. Puis, dans la particularité de cette branche du droit, se situe une raison essentielle du pouvoir très créateur du juge en droit du travail. Outre que le Code du travail français et la Consolidation des lois du travail au Brésil ne règlent pas toutes les questions nées du contrat de travail, le particularisme du droit du travail, sa logique propre, qui n'est pas celle du droit civil, incitent les juges à faire une application plus libre du droit commun et parfois à créer leurs propres règles⁷⁴. À ce contexte particulier, s'ajoute l'obligation de dire le droit qui est imposée par le droit commun.

5.1.1.3 Paragraphe 2° - L'obligation de dire le droit

Légitimité. Il semble que la légitimité du processus judiciaire de création du droit réside dans la fonction judiciaire elle-même. En effet, l'obligation de dire le droit conféré au juge, évite le déni de justice (I), et favorise un espace de liberté herméneutique (II).

5.1.1.3.1 I - L'interdiction du déni de justice

Dogme. Le dogme de l'exhaustivité du système juridique s'entend de celui qui indique qu'à l'intérieur du système il y a une réponse à chaque question posée, ou une règle qui régit chaque fait

⁷¹ Cass. soc., 17 avr. 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 201.

⁷² Cass. soc., 13 mars 2001 ; Bull. civ. 2001, V, n° 89.

⁷³ TST, ARR-134600-86.2010.5.17.0008, 4^a Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 08/02/2019; ; RR-110800-12.2009.5.15.0043, 1^a Turma, Relator Desembargador Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, DEJT 23/11/2018 ; RR-105500-88.2009.5.02.0089, 1^a Turma, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEJT 15/12/2017

⁷⁴ FROUIN, J-Y, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2009, 1516.

ou chaque conduite. Dans un système juridique complet, il n'aurait pas des lacunes. Le dogme de l'exhaustivité du système juridique englobe l'interdiction du « non liquet », ce qui signifie que le juge ne peut se dispenser de juger au motif qu'il n'y a pas de solution dans le système juridique pour le cas particulier à l'examen.

En raison de cela, le législateur lui-même a conféré une certaine fonction créatrice au juge. Comme l'observe Portalis : « Le cours de la justice serait interrompu, s'il n'était permis au juge de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après un texte précis : c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances, au contraire il les suppose »⁷⁵.

Ainsi, le Code civil français dispose dans son article 4 que le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. Le déni de justice est également interdit au Brésil où l'article 5°, XXXV de la Constitution Fédérale énonce que la loi ne peut pas exclure la possibilité d'analyse par le Pouvoir Judiciaire des violations ou menaces aux droits. Ce principe est complété par le Code de la procédure civile brésilien, qui stipule que le juge n'est pas dispensé de statuer sur la base d'un manque ou d'une obscurité du système juridique⁷⁶. Ainsi, dans les deux pays étudiés, on vérifie le support légal pour que le juge décide même dans le cadre de carence de loi et de vide juridique (A) et élimine les antinomies (B) quand la loi est inintelligible.

5.1.1.3.1.1 A. La carence de loi et le vide juridique

Initiative. Il peut arriver que le juge ne trouve pas dans les dispositions légales existantes les éléments de solution propres à lui permettre de trancher les litiges qui lui sont confiés. Il lui revient alors, en application de l'article 4 du Code civil en France ou de l'article 140 du Code de la procédure civile au Brésil, de dégager les solutions nécessaires et de créer éventuellement des règles nouvelles qui manifestent une construction prétorienne du droit positif. Cette situation n'est pas propre au droit du travail, mais s'y rencontre fréquemment dans la mesure où la discipline est jeune et ne règle pas toutes les questions posées par la relation de travail. De plus, parfois, le caractère subsidiaire du droit commun n'est d'une quelconque utilité relativement à des techniques ou notions qui n'existent guère que dans la

⁷⁵ FENET, tome IV, p. 20, cité par GHESTIN J, GOUBEUX G, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed, 1994, p. 434.

⁷⁶ CPC, art. 140.

vie de travail, ce qui est de nature à conduire le juge social, non seulement à poser des règles ponctuelles, mais le cas échéant à élaborer de sa propre initiative tout un régime juridique⁷⁷.

Cela est arrivé en France en ce qui concerne le régime de la grève ou le régime de la période d'essai. Dans cette dernière hypothèse, la loi se borne à énoncer que les règles de rupture du contrat à durée indéterminée ne s'appliquent pas pendant la période d'essai sans définir ce qu'est une période d'essai, les conditions de son existence et de sa licéité, sa durée, la possibilité de son renouvellement, ou les règles applicables pendant l'essai. C'est donc la jurisprudence qui a élaboré de manière autonome l'ensemble du régime juridique de l'essai, comme elle l'avait fait auparavant pour la grève⁷⁸.

Au Brésil, la jurisprudence a fait preuve d'autonomie créative, par exemple, en ce qui concerne les contrats de sous-traitance. En effet, ce type de contrat n'avait aucune réglementation légale jusqu'à l'édition de la loi 13.429 du 31 mars 2017. Ainsi, le Tribunal Supérieur du Travail a défini tout le régime juridique applicable à cette situation⁷⁹. Il a déterminé, même en l'absence de loi régissant la question, que les cas d'intermédiation du travail qui ne relèvent pas de la définition du travail temporaire sont illégaux. Il a en outre déterminé que la sous-traitance n'est possible que dans les tâches non liées à l'activité final de l'entreprise qui bénéficie de services. Il a défini, également, le régime de responsabilité subsidiaire de l'entreprise bénéficiaire de la prestation de travail.

Puis, l'obligation de dire le droit favorise le pouvoir créateur du juge en ce qui concerne l'élimination d'antinomies.

5.1.1.3.1.2 B. L'élimination des antinomies

Dogme. Outre l'interdiction du « non liquet », l'idée de non-contradiction ou l'interdiction des antinomies, ainsi que le dogme de la pertinence de toutes les prédictions normatives, font partie du dogme d'exhaustivité du système juridique. Il y a une antinomie lorsque, dans le même système juridique, existent deux règles incompatibles, auxquelles on ne peut se conformer simultanément⁸⁰. À priori, l'existence d'antinomies paraît exclue, car la règle hiérarchiquement supérieure qui l'emporte, et,

⁷⁷ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S, 2009, 1501.

⁷⁸ FROUIN, J.-Y, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°4647, 2009, p.1516.

⁷⁹ MIESSA, É., CORREIA, H., *Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto*, JusPodivm, , 8^a ed., 2018, p. 246.

⁸⁰ GHESTIN J., GOUBEAUX G., *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^a ed., 1994, p. 438.

entre règles de même niveau, la plus récente. Cependant, une contradiction peut exister dans la même loi, entre lois différentes ou, de façon plus subtile, quand deux règles, sans être évidemment incompatibles, peuvent, par son application simultanée, ôter à l'une d'elle l'essentiel de l'efficacité que le législateur avait entendu lui donner⁸¹.

Le propos est d'autant plus fort en droit du travail, car il s'agit d'une discipline caractérisée par une intense production législative de moins en moins lisible à l'heure des alternances politiques. En outre, les sources du droit du travail sont nombreuses et de nature variée. En effet, les sources en droit du travail le différencient du droit commun, du fait de la forte présence de règles d'origine privée, en opposition aux règles juridiques issues de la source étatique classique⁸². Aux normes classiques – lois, règlements et normes internationales –, s'ajoutent le droit conventionnel négocié par les partenaires sociaux, ainsi que les règles définies unilatéralement par l'employeur au sein de l'entreprise. Cela est souligné par les observateurs et spécialistes : le droit (écrit) du travail est touffu, d'une extrême complexité, et très peu lisible, ce qui ouvre la voie à un rôle actif du juge⁸³. Le rapport de la commission de Virville signale que le droit du travail est marqué par « des lois qui sont trop exhaustives et insuffisamment préparées »⁸⁴.

En conséquence, le droit du travail ne règle pas toujours de façon cohérente tous les problèmes qui peuvent naître de la relation de travail. Dans ces hypothèses, c'est au juge, auquel il revient de dire le droit, qu'il appartient dans les litiges qui lui sont soumis de pallier les incohérences de la loi et de formuler les règles applicables à leur solution⁸⁵.

Au-delà de l'imperfection de la loi et l'incomplétude de l'ordre juridique, est reconnu au juge un espace de liberté herméneutique, d'où la possibilité de construction de la norme.

5.1.1.3.2 II : La reconnaissance d'un espace de liberté herméneutique

Interprétation. Au sens large du mot, c'est dans l'interprétation de la loi que le juge doit

⁸¹ Ibid.

⁸² GODINHO DELGADO M., *Curso de direito do trabalho*, São Paulo LTr, 18^e ed, 2019, p. 162.

⁸³ Lyon-Caen A., *Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française, in les juges et le droit social, Contributions à une approche comparative, COMPTRASEC : université Montesquieu Bordeaux IV, 2002, p. 28, cité par FROUIN, J-Y, Raisons de la construction prétorienne du droit du travail, JCP S, 2009, p.1516.*

⁸⁴ DE VIRVILLE, M., Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Janv 2004, p. 7.

⁸⁵ FROUIN, J-Y, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2009, p.1516.

rechercher la règle applicable. Il s'agit, dans la conception kelsénienne, d'« une démarche de l'esprit accompagnant le processus de création du droit lors du passage d'une norme supérieure à une norme inférieure »⁸⁶. Cette interprétation est indispensable lorsque les dispositions légales sont obscures ou contradictoires. Elle reste souvent nécessaire lorsqu'une disposition est en elle-même parfaitement claire. Il est rare qu'une loi ait été assez parfaitement élaborée pour ne pas donner lieu à une « adaptation créatrice » de la part des juges⁸⁷.

A priori, l'interprétation se borne à faire apparaître le véritable sens de la loi. Elle ne lui ajoute rien. Mais en réalité l'interprète doit choisir entre deux et, parfois, plusieurs sens possibles. Dans la pratique ceux-ci sont proposés au juge par les avocats des parties, ou sur les suggestions d'opinions doctrinales. Il y a devant les juges un véritable débat. Il leur appartient de faire prévaloir l'une des thèses⁸⁸.

L'interprète ne doit pas produire la norme dans le sens de création, mais de reproduction. Le produit de l'interprétation est la norme exprimée en tant que telle. Dès lors, la norme préexiste partiellement dans le texte, mais la réalité aussi la détermine. Ainsi, certains juristes admettent que la norme est le produit du texte et de la réalité. Le juriste brésilien Eros Roberto Grau défend que « La norme est produite par l'interprété à partir non seulement d'éléments qui ressortent du texte (monde du devoir-être), mais aussi à partir d'éléments de la réalité (monde de l'être) »⁸⁹.

Même les positivistes reconnaissent un espace de liberté herméneutique au juge. En ce sens, Hans Kelsen, a écrit, dans le chapitre destiné à l'interprétation de son *Théorie Pure du Droit*, que la norme est un cadre ouvert à plusieurs possibilités et que « tout acte d'application est conforme à la norme s'il ne sort pas de ce cadre, mais le remplit de l'une des manières possibles »⁹⁰. Si l'on entend par interprétation la détermination du sens de la norme à appliquer, le résultat de cette activité ne peut être que la détermination du cadre constitué par la norme et par conséquent la constatation des diverses manières possibles de le remplir. Ainsi, selon lui, l'interprétation d'une norme ne conduit donc pas nécessairement à une solution unique, qui serait la seule juste. Elle peut fournir plusieurs solutions, qui au point de vue juridique sont toutes d'égale valeur si elles sont en accord avec la norme à interpréter.

Il admet également que la solution concrète adoptée dépend de la position idéologique du

⁸⁶ KELSEN, H., *Théorie Pure du Droit*, Éditions de la Balconnière, Neuchatel et Paris, 1953, p. 135.

⁸⁷ Dupeyroux O., *La jurisprudence, source abusive de droit : Mél. Maury*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 361.

⁸⁸ GHESTIN J. GOUBEAUX G., *op. cit.*, p. 435.

⁸⁹ GRAU, E. R., *Pourquoi j'ai peur des juges : l'interprétation du droit et les principes juridiques*, Éditions Kimé, Paris, 2014, p. 42.

⁹⁰ KELSEN, H., *op. cit.*, p. 138.

juge, en affirmant que « l'organe chargé d'appliquer la norme peut attribuer à ces solutions des valeurs différentes s'il les considère au point de vue politique ou moral. Il a la compétence de choisir celle qui lui paraît la plus appropriée, de telle sorte que parmi les diverses interprétations possibles une seule deviendra du droit positif pour le cas concret ». Ainsi, la sécurité juridique ne peut être comprise qu'en termes du respect des limites que le cadre juridique impose, mais pas comme une garantie qu'une seule interprétation correcte est obtenue par les juges.

Selon Eros Roberto Grau, à partir de la métaphore de Kelsen, le cadre de la norme est un cadre du texte, mais pas seulement. Il s'agit à la fois du cadre du texte et de la réalité. À son avis, « l'interprète qui se livre à la production pratique du droit ne comprend et n'apprend pas seulement les textes, mais aussi la réalité, telle qu'elle existe au moment historique où l'interprétation a lieu, dans le contexte dans lequel ces textes s'appliqueront »⁹¹. Dire que sa décision est fondée en droit signifie simplement qu'elle se tient à l'intérieur du cadre constitué par la norme, qu'elle est l'une mais non la seule manière de le remplir. Dans ce choix, s'exerce un pouvoir créateur.

Il arrive d'ailleurs que les initiatives du juge suscitent entre la loi et la règle appliquée en définitive de telles discordances que celle-ci tend à acquérir une existence distincte. Tel est le cas lorsque le juge est amené à formuler une définition d'une notion générale au contenu indéterminé, comme, par exemple, la force majeure. « Ce faisant, la définition prétorienne se présente comme une règle de droit à part entière, quelle que soit la conception retenue d'une telle règle. C'est ainsi que la définition prétorienne réunit les caractères « classiques » de la règle de droit ; abstraction, généralité, sanction. Sa formulation permet d'affirmer que les définitions prétoriennes « concernent chacun et personne en particulier », ce qui correspond aux exigences d'abstraction et de généralité »⁹².

L'interprétation se distingue alors difficilement d'une création pure et simple⁹³. Quelle que soit la qualification réelle de l'intervention du juge, celle-ci se manifeste toujours et à des très rares exceptions près, sous le couvert de l'interprétation de la loi et de la liberté herméneutique à lui conférée. Selon J Maury, « la jurisprudence, au moins la judiciaire, n'avouant jamais sa création d'une règle juridique nouvelle et la présentant toujours au moyen d'une interprétation constructive comme une application de la loi, la règle jurisprudentielle prend, par cette fiction, figure et valeur de règle légale »⁹⁴.

⁹¹ GRAU, E. R., *op. cit.*, p. 49.

⁹² WOLMARK, C., *La définition prétorienne, Étude en droit du travail*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2007, p. 97

⁹³ GHESTIN J, GOUBEUX G, *op. cit.*, p. 435.

⁹⁴ MAURY J, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit : Études Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 50

Par conséquence, l'interprétation, plus ou moins créative, donne souvent naissance à l'essentiel du contenu même de la règle appliquée en définitive par le juge.

5.1.2 Section 2 : Des justifications nationales

À côté des justifications générales (voir section 1), des justifications nationales contribuent à la montée en puissance du juge en tant qu'auteur de la norme sociale. De ce fait, il convient d'analyser les particularités brésiliennes (paragraphe 1) et françaises (paragraphe 2).

5.1.2.1 Paragraphe 1 : Des particularités brésiliennes

Un modèle institutionnel particulier. Au Brésil, la judiciarisation, ainsi que le transfert de pouvoir aux juges et aux tribunaux ont pour origine des éléments particuliers liés au modèle institutionnel brésilien. Pour tenter de systématiser la question, il est possible de signaler comme éléments fondamentaux de ce phénomène juridique la réouverture démocratique du pays (I) et un cadre social marqué par l'instabilité institutionnelle (II).

5.1.2.1.1 I : La réouverture démocratique

Le contexte. La première cause majeure de judiciarisation au Brésil est la réouverture démocratique du pays. En effet, dans son histoire récente, le Brésil a subi un coup d'État militaire, survenu le 31 mars 1964, qui représentait la réaction des forces conservatrices du pays au système démocratique de l'époque. Il a inauguré un régime dictatorial, qui a duré 25 ans⁹⁵. La Constitution de 1946, alors en vigueur, a subi plusieurs modifications par ce régime. Une succession d'actes institutionnels a mutilé son caractère démocratique et a diminué le pouvoir du juge. Par exemple, l'acte institutionnel n° 2 a élargi les pouvoirs du gouvernement militaire, limitant davantage le contrôle juridictionnel sur la légalité et la constitutionnalité des actes accomplis au nom de la « Révolution », ce qui peut être vu dans le contenu de l'art. 19⁹⁶.

Le régime militaire a souffert à la fois de l'opposition pacifique représentée par le MDB - Mouvement démocratique brésilien et de l'opposition armée représentée par des groupes de guérilla. Le processus de re-démocratisation a abouti à la promulgation de la Constitution fédérale de 1988. Puis, la réouverture démocratique permet le retour de l'indépendance de la magistrature. Le judiciaire devient un véritable pouvoir, capable de faire appliquer la loi et la constitution même en confrontation avec les autres pouvoirs. La Constitution fédérale a renforcé le rôle du juge, consacrant le libre accès aux pouvoirs.

⁹⁵ L'Amérique latine est riche en exemples comme le Brésil, comme le coup d'État militaire qui a renversé le gouvernement socialiste de Salvador Allende, au Chili, en 1973.

⁹⁶ STRECK, L. L., *Jurisdição Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 6e édition, 2019, p. 14.

judiciaire (Constitution Fédérale, art. 5°, XXXV), créant plusieurs nouveaux recours constitutionnels et renforçant l'indépendance de l'institution⁹⁷.

En plus du retour de l'indépendance de la magistrature, la réouverture démocratique favorise le pouvoir des juges en mettant en œuvre une large constitutionnalisation des droits (A). Ce processus s'est accompagné d'un mouvement de la doctrine reconnaissant la force normative de la constitution et les principes qu'elle contient (B).

5.1.2.1.1.1 A. Une large constitutionnalisation des droits

Un constitutionnalisme social. La Constitution Fédérale de 1988 est reconnue par la doctrine brésilienne comme étant le texte juridico-politique le plus avancé jamais écrit au Brésil⁹⁸. Le texte de la Constitution de 1988 est affilié au constitutionnalisme social. La large constitutionnalisation des droits a porté au niveau constitutionnel d'innombrables questions qui relevait auparavant du processus politique majoritaire et à la législation ordinaire. Selon Luis Roberto Barroso, la Charte brésilienne est analytique, ambitieuse et méfiante envers le législateur⁹⁹. Constitutionnaliser une question signifie transformer la politique en loi. Dans la mesure où une question - qu'il s'agisse d'un droit individuel, d'un avantage de l'État ou d'un objectif public - est sanctionnée par une règle constitutionnelle, elle devient potentiellement une action en justice, qui peut être formulée sous la forme d'un procès.

Le droit du travail. La Constitution établit, dès le début, que le Brésil est une République qui constitue un État démocratique de droit, apportant explicitement ses objectifs de construction d'une société plus juste, avec l'éradication de la pauvreté, en tenant les promesses de la modernité¹⁰⁰. Un large catalogue des droits fondamentaux¹⁰¹ est énoncé. Ces droits fondamentaux sont dotés d'une applicabilité immédiate (Constitution Fédérale, art. 5, paragraphe 1), et protégés du pouvoir de réforme (Constitution Fédérale, art. 60, paragraphe 4, IV). Elle occupe désormais une place centrale dans le droit brésilien et plus spécifiquement dans le droit du travail. La référence à la Constitution Fédérale est quasiment systématique dans les décisions de justice. En droit social, la constitutionnalisation des principaux droits sociaux est matérialisée aux articles 7 et 8. La Constitution Fédérale énonce des règles générales comme

⁹⁷ L'article 95 de la Constitution Fédérale de 1988 prévoit les garanties de juges, y compris la garantie de ne pas pouvoir être licencié, sauf en raison d'un motif établi par la loi et reconnu par une décision finale de l'instance judiciaire compétente, l'inamovibilité et l'irréductibilité de la rémunération.

⁹⁸ Ibid, p. 150.

⁹⁹ BARROSO, L. R., *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p.24

¹⁰⁰ Constitution Fédérale, art. 3°.

¹⁰¹ Constitution Fédérale, Titre II.

l'égalité salariale, le droit de grève, le droit syndical ou encore le droit de négocier, mais aussi des droits plus spécifiques comme la durée de temps de travail journalière et hebdomadaire, le pourcentage de majoration de rémunération des heures supplémentaires, la durée du congé de maternité. Ainsi, le juge vise en premier lieu les normes constitutionnelles de droit du travail et ensuite la CLT. Par conséquent, les décisions provenant du Tribunal suprême fédéral sont particulièrement courantes en droit du travail.

5.1.2.1.1.2 B. Une reconnaissance de la force normative de la Constitution et de ses principes

Une rupture. Le Brésil a un contrôle de constitutionnalité depuis la proclamation de la République. Cependant, dans la culture juridique brésilienne jusqu'en 1988, les constitutions n'étaient pas considérées comme des normes juridiques authentiques, n'étant souvent que de simples façades. Les exemples ne manquent pas: la Constitution de 1824 parlait d'égalité alors que la principale institution du pays était l'esclavage noir; celle de 1891 avait institué le suffrage universel, mais toutes les élections étaient truquées; celle de 1937 réglementait le processus législatif, mais pendant qu'il était en vigueur, le Congrès était fermé et le Président légiférait par décret; celle de 1969 garantissait les droits à la liberté, à l'intégrité physique et à la vie, mais les arrestations illégales, les disparitions de personnes et la torture étaient courantes pendant le régime militaire. Deux ordres juridiques parallèles existaient au Brésil sous le régime militaire : celui des constitutions et celui des actes institutionnels, qui ne cherchaient pas dans les premiers leur fondement de validité, mais dans un pouvoir révolutionnaire investi par les Forces Armées¹⁰².

L'Assemblée constituante de 1987 et 1988, qui a couronné le processus de redémocratisation du pays, a voulu rompre avec cet état de fait et a promulgué une Constitution contenant une liste large et généreuse de droits fondamentaux de différentes dimensions. En outre, la Constitution de 1988 a réglé un grand nombre de questions - dont beaucoup avec une pertinence constitutionnelle douteuse¹⁰³ - en soustrayant un grand nombre de questions de portée du législateur. De plus, elle héberge dans son texte de nombreux principes vagues, mais dotés d'une forte charge axiologique et d'un fort pouvoir d'irradiation. Ces caractéristiques ont favorisé le processus de constitutionnalisation du droit, qui implique non seulement l'inclusion dans le texte constitutionnel de thèmes auparavant ignorés ou relevant de la loi ordinaire, mais aussi la relecture de l'ensemble de l'ordre juridique dans une perspective fondée sur des valeurs constitutionnelles, ce qu'on appelle « le filtrage constitutionnel du droit ».

¹⁰² SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

¹⁰³ Un exemple cité par la doctrine est l'article 242, §2° de la Constitution fédérale, que dispose que le Colégio Pedro II, situé dans la ville de Rio de Janeiro, sera maintenu en orbite fédérale.

Il faut également souligner le rôle important de la doctrine brésilienne dans le changement du paradigme du droit constitutionnel brésilien. Selon le professeur brésilien Daniel Sarmento, il y a deux moments distincts dans cette évolution : le « constitutionnalisme brésilien de l'efficacité » et le post-positivisme constitutionnel¹⁰⁴.

Le constitutionnalisme brésilien de l'efficacité. Le premier moment survient un peu après la promulgation de la Constitution de 1988. Certains auteurs, comme Luis Roberto Barroso¹⁰⁵, commencent à défendre la thèse selon laquelle la Constitution étant une norme juridique, elle devrait être systématiquement appliquée par les juges. Chez le constitutionnalisme de l'efficacité, la Constitution s'applique sur la réalité sociale, indépendamment de toute médiation législative. En revanche, la juridiction a été conçue comme l'espace privilégié pour la réalisation de la volonté constitutionnelle. L'une des motivations du mouvement était de s'éloigner de l'étude du droit constitutionnel de la théorie de l'État pour la rapprocher du droit procédural. On peut donc dire que le protagoniste de cette théorie constitutionnelle était le juge.

Le post-positivisme constitutionnel. L'arrivée au Brésil des théories juridiques dites post-positivistes marque un deuxième moment important. Les événements importants ont été la publication des œuvres de Paulo Bonavides et Eros Roberto Grau¹⁰⁶, qui ont diffusé la théorie des principes d'auteurs comme Ronald Dworkin et Robert Alexy, ce qui a favorisé les discussions sur la pondération d'intérêts, le principe de la proportionnalité et l'effectivité des droits fondamentaux. Dans cette nouvelle phase, la doctrine brésilienne commence à mettre l'accent sur le caractère normatif et l'importance des principes constitutionnels, et à étudier les particularités de leur application. Dans ce contexte, il y a une véritable fièvre de travail sur la théorie des principes, l'équilibre des intérêts, les théories de l'argumentation, la proportionnalité et la raisonnable, etc. L'intérêt doctrinal pour les droits fondamentaux, en particulier les droits sociaux, se développe également. Si auparavant ceux-ci étaient considérés principalement comme des normes programmatiques, on commence à discuter de leur efficacité juridique à partir de nouvelles bases, qui intègrent l'argument moral au débat.

¹⁰⁴ SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

¹⁰⁵ Luis Roberto Barroso était professeur de droit constitutionnel à l'époque et actuellement il est juge au Suprême Tribunal Fédérale du Brésil.

¹⁰⁶ Paulo Bonavides était un professeur de Droit Constitutionnel au Brésil et Eros Roberto Grau était avocat, professeur de droit et juge du Suprême Tribunal Fédérale de 2004 à 2010.

Le néoconstitutionnalisme. Ces changements importants peuvent être associés au mouvement appelé néoconstitutionnalisme, bien que l'utilisation du terme au Brésil soit plus récente, suite à la large diffusion de l'ouvrage *Neoconstitucionalismo* (s), organisée par le juriste mexicain Miguel Carbonell et publié en Espagne en 2003. Depuis lors, beaucoup a été écrit sur le sujet et plusieurs auteurs nationaux ont explicitement rejoint le courant. Dans ces œuvres il y a un consensus relatif sur la définition des caractéristiques centrales du nouveau paradigme : la valorisation des principes et l'adoption de méthodes plus ouvertes et flexibles en herméneutique juridique. Il y a également l'encouragement à l'usage de la pondération¹⁰⁷.

Ce changement de paradigme est clairement reflété dans la jurisprudence du TSE. Des exemples éloquentes sont la modification de la position de la Cour par rapport aux droits sociaux, auparavant traités comme des "normes programmatiques", et aujourd'hui soumises à une protection judiciaire intense¹⁰⁸, la reconnaissance de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux¹⁰⁹, et le dépassement progressif de la conception kelsenienne classique de la compétence constitutionnelle, qui l'assimilait au « législateur négatif », avec l'admission de techniques décisionnelles plus hétérodoxes.

En plus, un problème d'instabilité institutionnelle alimente l'importance croissante du rôle du juge au Brésil.

5.1.2.1.2 II : L'instabilité institutionnelle

Le discrédit du pouvoir législatif - Dans le scénario brésilien, le rôle accru du juge est également motivé par un autre phénomène : l'incrédulité générale de la population vis-à-vis de la politique majoritaire et, en particulier, le discrédit du pouvoir législatif et des partis politiques. Le rapport intitulé « Estudo sobre o Judiciário Brasileiro », réalisée par la Fondation Getúlio Vargas entre août 2018 et novembre 2019, indique que 52% des Brésiliens font confiance au judiciaire, tandis que la Présidence de la République est considérée comme fiable par 34% de la population et le Congrès

¹⁰⁷ SARMENTO, D, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

¹⁰⁸ Cf. Petição 1.246 MS/SC, jugé le 31/01/1997 (obligation de l'État d'effectuer une transplantation de myoblastes pour sauver la vie d'un enfant); Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 271.286/RS, DJU, 24 nov. 2000 (livraison de médicaments aux personnes vivant avec le VIH); e Agravo de Instrumento do Recurso Extraordinário nº 410.715-5, julgado em 22/11/2005 (obligation de prévoir des places pour l'éducation de la petite enfance par la commune, avec fréquentation des crèches et préscolaires).

¹⁰⁹ Recursos Extraordinários n.ºs. 158.215-4/RS, 161.243-6/DF, 201.819/RJ.

national, par 19%¹¹⁰. Selon le professeur brésilien Daniel Sarmiento¹¹¹, la perception générale, alimentée par des scandales successifs et par le discours de certains médias, que les politiques parlementaires et partisans sont essentiellement des sphères qui tournent exclusivement autour d'intérêts personnels, sont l'origine dans certains secteurs de l'espoir que la solution aux problèmes nationaux puisse venir du pouvoir judiciaire. Ce sentiment est renforcé lorsque la justice adopte des décisions conformes à l'opinion publique, comme cela s'est produit lors de la réception de la plainte pénale dans des cas de corruption et dans l'interdiction du népotisme dans l'administration publique¹¹².

Ainsi, l'augmentation du rôle du juge peut être le résultat d'une mauvaise gestion du pays. La situation finit par transmettre au pouvoir judiciaire la charge de prendre des décisions politiques impopulaires, car ses membres ne subissent pas le fardeau politique des autres pouvoirs. Ils n'ont pas de mandat à durée déterminée. Au contraire, ils disposent de garanties constitutionnelles, telles que l'impossibilité d'être licencié, sauf en raison d'un motif établi par la loi et reconnu par une décision finale de l'instance judiciaire compétente, et de l'inamovibilité (CF, art. 95).

Un large espace d'intervention - Le fait que la Constitution prévoit plusieurs programmes avec un contenu normatif, avec des règles comportant des nombreuses clauses générales et un contenu indéterminé, ouvre un large espace au juge pour intervenir. L'expansion du législatif, dont la production normative augmente, et de l'exécutif, qui intervient de plus en plus sur la base de normes moins précises, alimentent l'expansion du pouvoir judiciaire et le potentiel d'interprétation normative.

En outre, le système brésilien de contrôle de la constitutionnalité des lois est l'un des plus complets au monde¹¹³. Qualifié d'hybride ou d'éclectique, il combine les aspects de deux systèmes différents : américain et européen. Ainsi, depuis le début de la République, proclamée en 1889, la formule américaine du contrôle incident et diffus a été adoptée, selon laquelle tout juge ou tribunal peut ne pas appliquer une loi, dans un cas précis qui lui a été soumis, s'il la répute inconstitutionnelle. D'un autre côté, on a importé du modèle européen le contrôle par le biais de l'action directe, qui permet de saisir des certaines affaires *in abstracto* et immédiatement le Tribunal suprême fédéral. A tout cela s'ajoute le droit de proposition ample, prévu dans l'art. 103 de la Constitution Fédérale, par lequel de

¹¹⁰ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS : Estudo da imagem do Judiciário brasileiro, Déc 2019, disponible sur https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARI_O_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf

¹¹¹ SARMENTO, D.. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

¹¹² Ibid.

¹¹³ BARROSO, L. R., Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p.24

nombreux organismes, ainsi que des entités publiques et privées - sociétés nationales de classe et confédérations syndicales - peuvent intenter des actions directes¹¹⁴. Ce système de juridiction constitutionnelle adopté par le constituant a favorisé, dans une large mesure, le processus de judiciarisation de la politique, car il confère à tout parti politique représenté au Congrès, aux représentations nationales de la société civile organisée et aux principales institutions des États le pouvoir de provoquer le Tribunal suprême Fédérale. Ainsi, il est pratiquement impossible qu'une question importante soit résolue dans la sphère parlementaire sans que les perdants du processus politique se tournent vers la Cour suprême pour clore la controverse, sur la base de son interprétation de la Constitution. Dans le domaine du droit du travail, par exemple, plus d'une trentaine d'actions directes en inconstitutionnalité ont été déposées devant la Cour suprême pour contester la loi 13.467/2017, qui a mis en place la réforme du travail ayant lieu en 2017. Parmi les organes légitimés qui ont déposé ces actions directes, on compte le Conseil fédéral du Barreau brésilien¹¹⁵, des confédérations syndicales de travailleurs¹¹⁶, des entités de classe¹¹⁷ et les partis politiques ayant une représentation au Congrès national¹¹⁸. La Constitution a également élargi la portée de la compétence constitutionnelle, en instituant au Brésil un contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, tant par l'action directe que par le « *mandado de injunção* ». Dans ce scénario, presque toutes les questions politiques ou moralement pertinentes peuvent être soulevées devant le TSF.

5.1.2.2 Paragraphe 2 : Les particularités françaises

Le rôle de la jurisprudence en France n'a longtemps été précisé qu'en liaison avec la loi. Toutefois, on peut vérifier dans ce pays une culture constitutionnelle naissante (I), qui permet au juge faire œuvre créative. En plus, les défis de la complexité de la loi et d'un contentieux éclaté entraîne l'action normative du juge, dans le but de préciser le sens de l'ordre juridique (II).

5.1.2.2.1 I : Une culture constitutionnelle naissante

Un changement récent et progressif. Jusqu'à la Seconde guerre mondiale, dans la plupart des pays d'Europe, la suprématie de la Constitution, bien que résultant des textes constitutionnels eux mêmes, n'est guère respectée. C'est alors le règne de la loi et de ce qu'on appelle en France le principe

¹¹⁴ L'art. 103 de la Constitution fédérale prévoit que l'action directe d'inconstitutionnalité et l'action déclaratoire de constitutionnalité peuvent être proposées par le président de la République; le Bureau du Sénat fédéral; le Bureau de la Chambre des Députés; l'Assemblée législative ou la chambre législative du district fédéral; le gouverneur de l'État ou du district fédéral; le procureur général de la République; le Conseil fédéral du Barreau brésilien; les partis politiques ayant représentation au Congrès national; ou les confédérations syndicales ou entités de classe nationales.

¹¹⁵ STF, Adi 6002

¹¹⁶ STF, Adis 5994, 6142, 5794, 5938, 5829, 5826, 5625

¹¹⁷ STF, Adi 5870

¹¹⁸ STF, Adi 5881

de légalité, selon lequel la loi est placée au centre de l'ordonnement juridique. Pendant longtemps, la France est restée fidèle au « légicentrisme » et au principe de légalité. Le tournant a cependant été pris en quelque sorte en deux temps : la Constitution du 4 octobre 1958 consacre le principe de constitutionnalité, même si celle-ci n'est devenue effective qu'à partir de 1971¹¹⁹.

La Constitution française du 4 octobre 1958 consacre le principe de constitutionnalité – selon lequel les normes constitutionnelles sont réputées juridiquement obligatoires -, sinon de manière explicite, du moins de manière implicite mais claire dans la mesure où la Constitution organise (aux art. 54 et 61) un contrôle de conformité de la loi, des engagements internationaux et des règlements des assemblées, à ses dispositions. Mais le principe de constitutionnalité va véritablement s'imposer à partir du moment où par le jeu combiné de l'extension du « bloc de constitutionnalité » en 1971, les cas d'application du principe de constitutionnalité, par le juge constitutionnel vont considérablement s'accroître.

Le bloc de constitutionnalité. L'affirmation du principe de constitutionnalité a permis de donner vie à certains textes constitutionnels jusque-là quelquefois oubliés. Ceci s'est produit à partir de la décision fondatrice rendue par le Conseil constitutionnel le 16 juillet 1971¹²⁰, dans laquelle le juge constitutionnel a donné pleine vigueur au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et a tranché la controverse sur le point de savoir si le préambule de la Constitution de 1946 – et partant la déclaration des droits de l'homme et du citoyen reprise par celui-ci – avaient valeur de droit positif, c'est-à-dire, contenaient des normes juridiques susceptibles d'être appliqués par un juge. Désormais, la Constitution se composait de quatre éléments, d'âge et d'inspiration différents formant ce qu'il est convenu d'appeler « le bloc de constitutionnalité », avant que la révision de 2005 n'y ajoute la « Charte de l'environnement ».

Le droit du travail et la Constitution. La Constitution française de 1958 est, comme l'était celle de 1946, dépourvue d'une partie « dogmatique » qui contribuerait avec une particulière autorité à encadrer les relations de travail et la protection sociale et à orienter la politique sociale. Cependant, elle qualifie la République française d'« indivisible, laïque, démocratique et sociale ». La constitutionnalisation du droit, en particulier du droit social, est survenue en France, surtout en raison de la reconnaissance d'une signification normative aux énoncés du préambule de la Constitution de 1946, inspiré par le programme du Conseil national de la Résistance, dans lesquels « le peuple français (...) proclame (...) comme particulièrement nécessaires à notre temps », divers « principes politiques,

¹¹⁹ FAVOREU L., GAIA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J-L, PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., Droit constitutionnel, Précis, Dalloz, 2021, p. 136

¹²⁰ Décis. N° 71-44 DC, *Liberté d'association*, GDCC, n 27.

économiques et sociaux ». Sont proclamés le principe d'égalité des droits entre la femme et l'homme, les droits du travailleur (droit de grève, liberté syndicale, liberté d'opinion, principe de participation à la détermination collective des conditions de travail) et un certain nombre de droits-créances (droit à l'emploi, droit à la protection de la santé, droit à l'éducation, solidarité nationale, droit à un revenu minimum). Au lieu d'être nourri par un enrichissement du texte constitutionnel en matière sociale, le processus est passé par l'interprétation des textes. Essentiellement jurisprudentiel, donc lent et diffus, il a été mû ou stimulé par des choix d'acteurs institutionnels ou sociaux de solliciter des dispositions à la valeur constitutionnelle et à la portée naguère incertaines et discutées. Selon A. Jeammaud et A. LyonCaen, « on parle d'activation de la Constitution et de fréquente consécration du droit vivant, c'est-à-dire de solutions déjà acquises en droit positif par voie jurisprudentielle »¹²¹.

Le dynamisme de la constitutionnalisation du droit du travail s'explique en partie par l'activité des deux principaux juges amenés à manier l'outil constitutionnel en droit du travail : le juge constitutionnel et le juge judiciaire.

Le Conseil constitutionnel est investi de prérogatives importantes en matière d'interprétation du texte constitutionnel et de contrôle de la loi. Selon Bérénice BAUDUIN, il a choisi de ne pas faire de la constitutionnalisation du droit du travail un mouvement débridé, car « il était en effet de sa responsabilité, d'une part, de ne pas se substituer au Constituant pour réécrire la Constitution et, d'autre part, de ne pas se substituer au législateur pour réécrire la loi »¹²². Cependant, il est possible de constater que le Conseil constitutionnel a progressivement consacré l'accord collectif comme une source constitutionnelle du droit du travail et il est amené à concilier, en permanence, les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 et les libertés de la déclaration de 1789¹²³.

Le juge judiciaire, pour sa part, bénéficie d'une plus grande liberté pour mobiliser les normes constitutionnelles et pour interpréter la Constitution. La Chambre sociale de la Cour de Cassation a mobilisé les alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 très rapidement, car elle a fait dès 1951

¹²¹ JEAMMAUD A., LYON-CAEN A., « Suprématie de la Constitution et droit social », in TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, Coll. Traités, 2012, p. 671.

¹²² BAUDUIN, B., « La constitutionnalisation du droit du travail, étude d'une dynamique contemporaine », Titre VII [en ligne], n° 1, Le sens d'une constitution, septembre 2018. URL complète : <https://www.conseilconstitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-constitutionnalisation-du-droit-du-travail-etude-d-une-dynamiquecontemporaine>

¹²³ DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., *La constitutionnalisation du droit du travail*, Sem. soc. Lamy, n° 1724, 23 mai 2016.

une interprétation précoce et pragmatique de l'alinéa 7 du Préambule relatif à la grève¹²⁴. Il est aisé de constater à quel point cette liberté a permis, et permet encore, d'amplifier la constitutionnalisation du droit du travail. Certains arrêts, à l'image de ceux rendus à l'occasion de litiges intéressant les conventions de forfaits-jours, illustrent la volonté de la Cour de cassation de se saisir du potentiel du texte constitutionnel¹²⁵. Elle n'hésite pas à se référer à des principes constitutionnels dans des visas ou des motifs d'arrêts, le droit de grève représentant la plus forte proportion d'arrêts de cassation rendus au visa d'une disposition du bloc de constitutionnalité. Certes, la Cour de cassation ne précise pas toujours que la norme dont elle fait explicitement application est de rang constitutionnel. Ainsi, elle se réfère avec constance, depuis 2002, au « principe fondamental de la liberté de l'activité professionnelle » ou de « libre exercice d'une activité professionnelle » pour fonder le régime prétorien restrictif de la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail¹²⁶. Mais comme l'expliquent JEAMMAUD et LYON-CAEN¹²⁷, cette liberté recouvre à la fois la liberté de travail, qu'elle invoquait précédemment en soulignant son caractère constitutionnel¹²⁸ et la liberté d'entreprendre, dont le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement la présence dans le bloc de constitutionnalité, la Chambre sociale ne saurait douter qu'elle met ainsi en œuvre une norme constitutionnelle.

À la culture constitutionnelle naissante, qui permet au juge de jouer un rôle de mise en œuvre des principes du bloc de constitutionnalité, s'ajoute comme particularité française la complexité de la loi et la concurrence des contrôles par les juges.

5.1.2.2.2 II : Le défi de la complexité de la loi et de la concurrence des juges

Une complexité accentuée des sources. Une particularité de la France par rapport au Brésil est qu'au-delà des sources nationales, unilatérales ou négociées du droit du travail, les règles élaborées hors du territoire national occupent une place privilégiée. En plus des conventions de l'Organisation Internationale du Travail, qui constituent la source essentielle du droit international du travail également au Brésil, les règles élaborées au niveau de l'Union européenne composent ce système juridique. Les règles de l'Union européenne constituent un ordre juridique *sui generis* dont les dispositions doivent être appliquées (règlements) ou transposées (directives) dans l'ordre interne. De plus, la Convention de

¹²⁴ BERNAUD, V., *L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit social*, in MARTINON A., PETIT F., *Le juge judiciaire et la Constitution*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 96.

¹²⁵ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull. civ.*, V, n° 181, *SSL*, 2011, n° 1499, p. 5, note M.-F. Mazars, P. Florès

¹²⁶ Cass. Soc. 10 juillet 2002, GADT, n 46 ; 28 septembre 2001, *Bull. civ.* V, n 210.

¹²⁷ JEAMMAUD A., LYON-CAEN A., « Suprématie de la Constitution et droit social », in TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, Coll. Traités, 2012, p. 674.

¹²⁸ Cass. Soc. 10 juillet 2002, GADT, n 46 ; 28 septembre 2001, *Bull. civ.* V, n 210.

sauvegarde des droits de l'homme du Conseil de l'Europe comporte plusieurs dispositions qui concernent le droit du travail.

La dispersion du contentieux. Le contentieux social se trouve dispersé entre des multiples juridictions, ce qui, selon Supiot, n'empêche pas la jurisprudence de jouer un rôle majeur dans l'évolution du droit du travail¹²⁹. Les Conseils des prud'hommes traitent la majeure partie des litiges, mais sa compétence se trouve limitée aux différends individuels nés à l'occasion des contrats de travail. Transcendant le clivage droit public/droit privé, le droit du travail fait une large place à l'intervention de l'administration dans des domaines aussi divers que le règlement intérieur, le droit syndical, l'emploi, l'élection et le statut des représentants du personnel, les travailleurs étrangers etc. Le contentieux relatif aux décisions prises en ces domaines par les autorités compétentes (ministre, inspecteur du travail, directeur départemental du travail, etc.) est, sauf exceptions, de la compétence du juge administratif, qui peut avoir à en connaître soit sur recours pour excès de pouvoir des personnes intéressées (employeur, salarié, syndicat), soit sur renvoi préjudiciel de la part des tribunaux judiciaires. Les juridictions administratives ne sont pas exclues du règlement des litiges individuels du travail, puisqu'elles interviennent, notamment, non seulement dans l'hypothèse susvisée prévoyant une intervention administrative dans la phase préparatoire des élections professionnelles, mais aussi en cas de licenciement de salariés protégés soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail. En outre, le droit général du travail imprégnait de plus en plus les litiges visant les agents publics¹³⁰. Les prescriptions du droit du travail sont assorties de nombreuses incriminations. Seules compétentes pour en juger, les juridictions pénales peuvent être saisies par le ministère public, mais aussi par les victimes de l'infraction (salariés, syndicats). Le contentieux civil est lui-même éparpillé entre de nombreuses juridictions différentes. Le contentieux des élections professionnelles relève du juge d'instance ; les litiges collectifs sont de la compétence du tribunal de grande instance, de même que ceux relatifs à la participation financière ou aux inventions des salariés ; les tribunaux de commerce ont à connaître des conséquences sociales des procédures de liquidation ou de redressement judiciaire. L'éclatement de l'ordre juridique procède également de l'importance acquise à présent par les règles issues du droit international et européen. Il est de plus en plus d'instruments internationaux qui exercent directement leur effet sur la substance même de la règle de droit et assignent aux États qui y souscrivent le respect des normes qu'ils édictent. Cette formule favorise, sinon l'unification du droit, du moins la recherche d'une même inspiration et la promotion de principes directeurs communs. Comme l'explique MARCHADIER, «elle n'en remet pas moins en cause l'autonomie même de l'ordre juridique interne et rompt ainsi avec les principes les mieux assurés du légicentrisme inscrits au cœur du système

¹²⁹ SUPIOT, A., *Le droit du travail*, Puff, coll. « Que sais-je ? », 7^e ed. 2020, p. 39.

¹³⁰ LACABARATS, A., *La jurisprudence en droit social*, *Sem. soc. Lamy*, n° 1619, fév. 2014

politique et juridique »¹³¹. Le phénomène affecte naturellement le droit international, qu'il s'agisse du développement des normes issues des institutions spécialisées de l'Organisation des Nations unies (telles les conventions de l'Organisation internationale du travail), de l'adoption en leur temps des Pactes des Nations unies sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels. Il s'applique *a fortiori* à l'échelle européenne, le droit national étant désormais, pour une part croissante, tributaire tant du droit de l'Union européenne que du droit issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par conséquent, « Le droit ne tire plus ses sources ainsi de la loi dûment adoptée par un pouvoir politique qui tient sa légitimité directement de l'élection, mais d'un ensemble de principes et de règles qui échappent, par leur mode de création et par leur dynamique, à la logique traditionnelle de l'ordre juridique interne »¹³².

La concurrence des contrôles. La dispersion du contentieux se retrouve sous une forme atténuée au niveau des cours suprêmes, et la jurisprudence en droit du travail est œuvre commune de la Chambre sociale de la Cour de cassation, de sa Chambre criminelle et du Conseil d'État. Selon SUPIOT, les divergences de jurisprudence ont pu constituer sur certains sujets un puissant moteur de transformation du droit du travail, en raison des stratégies judiciaires des syndicats¹³³. Sans négliger le rôle important du Conseil d'État (notamment en matière de grève et ou de respect des libertés publiques dans les entreprises) ou de la Chambre criminelle (par exemple, en matière d'institutions représentatives, de santé et sécurité ou de lutte contre l'extériorisation abusive de l'emploi), la Chambre sociale de la Cour de cassation est la principale source jurisprudentielle en droit du travail. Confrontée à l'inflation de lois et règlements, elle s'attache à fixer à l'intention des juges du fond et des justiciables des règles et des principes clairs, soumettant les textes à une interprétation créatrice¹³⁴. La diversité d'approches permet un enrichissement permanent du droit du travail¹³⁵. Dans de très nombreux domaines, les divergences de jurisprudence entre les juridictions (administratives et judiciaires ou civiles et pénales) ont conduit à un approfondissement des solutions du droit du travail¹³⁶.

L'évolution de ce droit social résulte aussi de la jurisprudence de la Cour de Justice de

¹³¹ MARCHADIER, F., Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude 2018 de la Cour de cassation, p. 19.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, p. 42.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P-Y, Droit du Travail, 7^e éd., 2020, LGDJ, p. 61.

¹³⁶ Par exemple, s'agissant de la protection des représentants du personnel contre le licenciement : Cass, ch. Mixte, 21 juin 1974. D. 1974, 593.

l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Intervenant sur recours en manquement contre les États membres ou sur question préjudicielle des juridictions nationales, la CJUE exerce une grande influence sur l'évolution des droits nationaux du travail. Le droit du temps de travail est emblématique, vu que la Cour de Justice de l'union européenne pose un modèle exigeant qui a fortement influencé le droit français¹³⁷. La Cour européenne des droits de l'homme s'est affirmée comme la gardienne vigilante des quelques droits sociaux fondamentaux qui relèvent de sa compétence¹³⁸.

5.2 Chapitre 2 : La traduction du rôle du juge dans la construction de la norme sociale

Une autorité de fait. Le phénomène jurisprudentiel, c'est-à-dire le fait que les décisions de justice qui sont des normes individuelles, concrètes et catégoriques se muent en une règle de droit générale, abstraite et hypothétique entraîne des études permanentes au Brésil et en France. Même ne s'agissant pas des pays qui adoptent la *common law*, la doctrine a soulevé une généralisation de fait des précédents¹³⁹. D'abord, il s'agit d'un facteur commun à toutes les juridictions, dans un souci de rationalisation du travail. La loi a déjà été interprétée à l'occasion d'un procès déterminé. Le juge a tendance à se reporter, lorsqu'il aura de nouveau à interpréter le même texte, au travail qui a déjà été effectué. Il pourra se reporter à l'interprétation d'un autre juge, à ses propres précédents ou aux précédents d'une autre juridiction. Une telle référence sera d'autant plus normale et s'imposera d'autant plus à l'esprit, que les précédents seront nombreux et iront dans le même sens.

Puis, le juge a conscience de la nécessité de la référence aux précédents. La constance de la jurisprudence donne, en effet, la sécurité nécessaire aux relations juridiques. À défaut, il y aura une incertitude pour les particuliers qui ne sauront jamais à l'avance dans quel sens doit être interprétée la loi. Cette généralisation de fait des précédents est accentué en fonction de la hiérarchie du tribunal qui produit la décision¹⁴⁰. Ainsi, en France, la hiérarchie des juridictions donne aux arrêts de la Cour de cassation et spécialement de ses formations solennelles, Chambres mixtes et Assemblée plénière une autorité particulière¹⁴¹. Au Brésil, les décisions du Tribunal Supérieur du travail, qui a un rôle d'unification de la jurisprudence nationale, ont naturellement une autorité accrue par rapport à celles rendues par les Tribunaux Régionaux du Travail.

¹³⁷ FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P-Y, Droit du Travail, 7^e éd., 2020, LGDJ, p. 664.

¹³⁸ CEDH, Grande chambre, arrêt Demir et Baykara c/ Turquie du 12 novembre 2008.

¹³⁹ GHESTIN J., GOUBEAUX G., *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed., 1994, p. 449

¹⁴⁰ STEINER, E, Teoria e prática dos precedentes judiciais na França, in ZUCATTI PRITSCH C., ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA, F, DA COSTA HIGA, F MARANHÃO, N., Precedentes no Processo do Trabalho, RT, 2020

¹⁴¹ GHESTIN J., GOUBEAUX G., *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed., 1994, p. 450

Cependant, la jurisprudence n'est qu'une autorité de fait et la mise en œuvre de son rôle normatif s'effectue grâce à certains moyens. Ces moyens varient en fonction des outils juridiques dont disposent leurs opérateurs. C'est pourquoi il est pertinent d'analyser le cadre national brésilien (Section 1) et français (Section 2).

5.2.1 Section 1 : Au Brésil

Les bases. Pour comprendre la place du juge dans la construction de la norme sociale au Brésil, il convient de dresser un bref aperçu de l'évolution de la législation sociale brésilienne. Historiquement, le droit du travail brésilien est né de l'abolition de l'esclavage par la Loi impériale n° 3.353 du 13 mai 1888, qui marque le passage du marché du travail libre, au travail salarié. Cependant, une rétrospective révèle que la période historique des travailleurs libres et rémunérés est très courte au Brésil par rapport au travail des esclaves. Cela nous donne un peu plus de 100 ans de travail libre et rémunéré, alors qu'on peut remarquer que cela faisait 400 ans pendant lesquels l'économie était soutenue par le travail forcé. La période de transition entre ces modèles a duré plusieurs années. C'est « la période Vargas », commencé en 1930 par un coup d'état mené par M. Getúlio Vargas, qui a le plus marqué l'histoire de la législation sociale au Brésil et de l'organisation de la justice du travail. Malgré les conditions de la prise du pouvoir, le gouvernement Vargas fonde les bases du droit du travail et de la justice du travail brésiliennes. L'article 122 de la Constitution Fédérale de 1934 a créé la Justice du Travail pour « résoudre les problèmes entre employeurs et employés »¹⁴². Cependant, lors de sa création, la justice du travail n'était pas liée au Pouvoir judiciaire, mais au Pouvoir Exécutif.

La neutralisation des mouvements sociaux. La consultation et la participation des partenaires sociaux n'étant pas prévues par la loi, le droit du travail brésilien privilégie l'intervention de l'État au dialogue social et se révèle être un instrument de neutralisation des mouvements sociaux¹⁴³. Ainsi, cette législation est adoptée sans qu'aucune consultation des salariés, syndicats ou employeurs ne soit faite¹⁴⁴. La « période Vargas » est marquée par le développement progressif d'un droit du travail autonome, distinct du droit civil, jusqu'à l'aboutissement d'un Code du travail, nommé la Consolidation des lois du travail (CLT) en 1943.

¹⁴² CF de 1934, “Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho”.

¹⁴³ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., La contribution du juge du travail en matière d'harcèlement moral en France et au Brésil, thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne 2016, p. 33.

¹⁴⁴ Ibid.

Les « prejudgados ». La CLT a mis en place, dans son article 902, paragraphe premier, les « prejudgados ». Il s'agissait d'énoncés d'un principe de la jurisprudence travailliste, édicté par le Tribunal supérieur du travail, dotés d'effet impératif et d'application obligatoire à l'égard de toutes les juridictions travaillistes¹⁴⁵. Ainsi, le Tribunal Supérieur du Travail avait le pouvoir d'établir le sens d'une règle donnée de manière préventive, empêchant la formation de courants jurisprudentiels divergents. Ainsi, dans son origine, le judiciaire spécialisé en matière de droit du travail au Brésil a vocation à définir des règles applicables au-delà de la situation juridique particulière soumise à l'analyse. La force contraignante des préjugés est liée au caractère de la justice du travail de l'époque, qui était liée au pouvoir exécutif. Ainsi, elle était soumise à des règles administratives d'assujettissement des organes inférieurs aux organes supérieurs¹⁴⁶. Saisi de la constitutionnalité de l'article 902 de la CLT, le Tribunal fédéral suprême a statué que les « prejudgados » étaient non-conformes à la Constitution fédérale de 1946 car celle-ci, en vigueur à l'époque de la création dudit « prejudgado », n'autorisait pas le Tribunal supérieur du travail à édicter des énoncés de jurisprudence de caractère général, impersonnel et de force contraignante, à l'image de la loi. Le Tribunal suprême a estimé que les « prejudgados », tel qu'élaborés par le TST portaient atteinte au principe de la séparation des pouvoirs puisqu'ils empiétaient dans le domaine de compétence exclusive du législateur. Ainsi, en 1977, le Tribunal fédéral suprême (STF), par la Representação n°946/DF, Rapp. Juge Xavier de Albuquerque, a abrogé « l'article 902, § 1 de la CLT pour non-conformité à la Constitution fédérale » (Rp-946-DF, DJ 01/07/1977)¹⁴⁷.

Cependant, même après l'abrogation des « prejudgados », la jurisprudence en droit du travail a survécu en tant qu'acteur important de la construction de la norme sociale. Cette place privilégiée est occupée principalement par le Tribunal supérieur du travail, en tant que plus haute juridiction spécialisée en droit du travail au Brésil et chargée d'unifier l'interprétation du droit du travail sur le territoire national. Néanmoins, en raison de l'importance de la constitutionnalisation des droits sociaux au Brésil, la référence à la Constitution Fédérale est quasiment systématique dans les décisions de justice. Par conséquent, ce rôle est occupé également par le Tribunal suprême fédéral, en tant que Cour suprême responsable pour l'interprétation finale de la Constitution.

Ainsi, au Brésil, on vérifie une construction normative de large portée (paragraphe 1), qui est complétée par des outils qui permettent le remplacement par le juge des auteurs traditionnels de la construction de la norme sociale (paragraphe 2)

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ MACHADO DE OLIVEIRA, C., *A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho*, in RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque, PINTO E SILVA Otavio, COSME CRAVO, Silmara, MAIRA FIORAVANTE, Tamira (dir.), *Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional*, São Paulo, LTr, ago 2006, p. 253.

¹⁴⁷ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., *op. cit.*, p. 103.

5.2.1.1 Paragraphe 1 : Une construction normative de large portée

Au Brésil, la loi est la principale source d'interprétation du juge responsable par l'application du droit du travail. L'expression loi (*lato sensu*) comprend la Constitution, les traités et les conventions internationales, ainsi que les actes réglementaires, tels que les décrets, circulaires, arrêtés et règlements ministériels. Cependant, le législateur a donné au juge une large marge de manœuvre en ce qui concerne son interprétation (I). En outre, l'influence du juge monte en puissance grâce à un système qui encourage la compatibilité verticale des décisions par le biais de l'uniformisation de la jurisprudence (II).

5.2.1.1.1 I – Une large marge d'interprétation conférée par le législateur

Le juge du travail comme interprète de la constitution. Au Brésil, un juge peut ne pas appliquer une loi inconstitutionnelle, même s'il existe des tribunaux qui déclarent la constitutionnalité des lois¹⁴⁸. Le système mixte intervient dans le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité¹⁴⁹.

Ce contrôle permet au juge de faire œuvre de construction normative, en raison des caractéristiques de la norme constitutionnelle. Les normes constitutionnelles ont une supériorité juridique sur les autres règles. Elles déterminent leur mode de production et imposent des limites à leur contenu. De plus, ces normes constitutionnelles ayant un contenu vague et imprécis, l'interprète est chargé de définir leur portée¹⁵⁰. Vu que la Constitution fédérale de 1988 énonce de façon minutieuse un long inventaire des droits, principes, libertés et garanties fondamentales en matière de droit du travail, le texte constitutionnel devient donc un vecteur d'interprétation de toutes les normes infra constitutionnelles y compris, évidemment, celles du droit du travail. « *Pour le Tribunal supérieur du travail, cette imprégnation constitutionnelle de la jurisprudence participe à la constitutionnalisation du droit du travail, renforce l'autorité de ses décisions et contribue à l'évolution du droit du travail* »¹⁵¹. Du fait que tout juge puisse interpréter et appliquer directement le texte constitutionnel afin de garantir l'effectivité des droits qui y sont inscrits, tous les litiges ont potentiellement un fondement

¹⁴⁸ STRECK, L. L., *Jurisdição Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 6e édition, 2019, p. 12

¹⁴⁹ Cependant, la Constitution établit une condition supplémentaire en s'agissant des tribunaux qui n'ont pas la charge du contrôle concentré de la constitutionnalité, tels que le Tribunal Supérieur du Travail. Dans ce cas, il faut le vote de la majorité absolue de des membres ou de l'organe spécial du tribunal pour la déclaration de l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif (CF/88, Art. 97).

¹⁵⁰ BARROSO, L R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

¹⁵¹ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., *La contribution du juge du travail en matière d'harcèlement moral en France et au Brésil*, thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne 2016, p. 77. 153 *Ibid.*

constitutionnel. Cela confère à la jurisprudence une certaine autorité, tandis qu'encourage un contentieux massif¹⁵².

Une partie importante de l'œuvre normative du Tribunal supérieur du travail découle de l'application des principes constitutionnels. Ainsi, le Tribunal Supérieur du travail définit, par le biais de l'application du principe constitutionnel d'isonomie, que les salariés intérimaires ont le droit aux mêmes prestations légales et conventionnelles que ceux qui sont embauchés par l'entreprise utilisatrice, à condition que l'égalité des fonctions soit présente¹⁵³. En appliquant également le principe d'isonomie, le TST détermine que la clause de présence est illégale comme condition à distribution de la participation aux salariés aux résultats de l'entreprise. Ainsi, même dans le cadre d'un licenciement avant la distribution des résultats, le salarié a droit au paiement proportionnel aux mois travaillés, vu qu'il a « contribué aux bons résultats de l'entreprise »¹⁵⁴. De même, le Tribunal supérieur du travail a fait œuvre de construction normative lors de l'application du principe de l'irréductibilité de salaire (CF, art. 7°, VI). LA Cour a fixé qu'une prime de fonction perçue pendant plus de dix ans ne peut être supprimée si l'employeur rétablit le salarié au poste effectif sans cause réelle et sérieuse¹⁵⁵.

Le juge du travail comme interprète de la loi. En France tout comme au Brésil, le juge du travail, dans l'exercice de son œuvre interprétative, fait principalement application de la loi. En cas d'insuffisance ou de lacune de celle-ci, il ne peut pas s'abstenir de trancher le litige, sous peine de déni de justice¹⁵⁶. Dans cette hypothèse, le droit brésilien contient une particularité qui mérite d'être souligné. L'article 8 de la Consolidation des lois du travail oriente le juge de tous les degrés de juridiction confondus sur la méthode à suivre en l'absence de dispositions légales, conventionnelles ou contractuelles. Le législateur a permis au juge de s'appuyer sur les sources subsidiaires du droit du travail, en faisant application de diverses méthodes d'interprétation pour palier le vide législatif, « ces sources et ces méthodes d'interprétation étant, de façon assez étonnante pour un regard français, indiquées dans un même paragraphe et dans un ordre assez singulier »¹⁵⁷.

L'article 8 de la Consolidation des lois du travail (CLT) est ainsi rédigé : « Les autorités

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ TST, OJ 383, SDI-1

¹⁵⁴ TST, Súmula 451

¹⁵⁵ TST, Sum 372, I

¹⁵⁶ CPC, art. 140 ; Loi d'Introduction au Code Civil brésilien, art. 4.

¹⁵⁷ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., La contribution du juge du travail en matière d'harcèlement moral en France et au Brésil, thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne 2016, p. 70

administratives et la justice du travail, en l'absence de dispositions législatives ou contractuelles, statueront, selon le cas, à travers la jurisprudence, par analogie, en équité et par application d'autres principes et normes générales du droit, principalement du droit du travail, ainsi que conformément aux usages et coutumes, au droit comparé, mais toujours de façon à ce qu' aucun intérêt particulier ou catégoriel (ou de classe) *ne prévale sur l'intérêt public* »¹⁵⁸. Cette précision n'a pas d'équivalent en droit français.

Liberté. L'exégèse de l'article 8 nous permet de constater que le législateur a conféré au juge du travail brésilien une large liberté dans la mise en œuvre du droit du travail. D'abord, le droit du travail accepte une pluralité des sources subsidiaires, comme la jurisprudence, les principes généraux du droit - principalement ceux du droit du travail - , les usages et coutumes et le droit comparé. En outre, le législateur fait référence à l'analogie, et à l'équité en tant que méthodes d'intégration de la loi, et subsidiairement au droit commun. Cet article souligne que le juge est tenu d'une part de veiller à ce qu'aucun intérêt de classe ou particulier ne prévale sur l'intérêt public, et d'autre part d'interpréter la loi en tenant compte des finalités sociales de celle-ci et des exigences du bien commun, ce qui invite le juge du travail à intégrer une charge valorative lors de l'interprétation de la loi.

La jurisprudence. L'énumération de la jurisprudence comme source subsidiaire du droit mérite d'être soulignée, vu que la jurisprudence est l'ensemble des décisions qui ont dû être prises pour résoudre un problème juridique. En conséquence, si un jugement peut être utilisé pour combler le vide d'un autre jugement, l'article 8 permet que le juge crée un droit sans source formelle ou matérielle¹⁵⁹. Ainsi, jusqu'à l'élaboration de la loi 13.429 du 31 mars 2017 sur la sous-traitance de la prestation de services, la source utilisée par les juges du travail dans ce cas était la jurisprudence du Tribunal supérieur du travail, qui, en l'absence de loi, a créé un véritable régime juridique pour régler le sujet.

Outre la liberté conférée par le législateur au juge du travail quant à l'interprétation des normes, le système juridique brésilien adopte de plus en plus d'instruments qui favorisent l'uniformisation de la jurisprudence et confèrent une portée à la jurisprudence consolidée.

5.2.1.1.2 II - Une incitation croissante à l'uniformisation de la jurisprudence

Une uniformisation prétendue. La vocation première du Tribunal supérieur du travail est

¹⁵⁸ Traduction libre de « As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público ».

¹⁵⁹ BATISTA MATEUS DA SILVA, H. , *CLT comentada*, Revista dos Tribunais, 2e ed, São Paulo, 2019 161 TST, Súmula 331

d'assurer l'unité et la constance de la jurisprudence nationale en matière de droit du travail à travers son interprétation de la loi. En ce qui concerne la Constitution, c'est le Tribunal suprême fédéral qui assure en dernière instance l'uniformité de son interprétation¹⁶⁰. De ce fait, il faut que les interprétations du tribunal soient connues. La difficulté de définir la jurisprudence uniforme a incité la création des « súmulas »¹⁶¹. Les « súmulas » sont des énoncés de droit, qui contiennent une interprétation jurisprudentielle d'un Tribunal, sous forme de résumé et qui orientent les juridictions de fond sur une question de droit controversé. Elle a vocation à se reproduire dans le temps de façon identique¹⁶². Elles ont été créées initialement par le Tribunal suprême fédéral et ont été consacrées par le législateur infra constitutionnel en 1963. En ce qui concerne le droit du travail, l'uniformisation de la jurisprudence a été encouragée par la loi n° 5.442 de 1968. Cette loi a introduit une condition d'admission d'appel au Tribunal Supérieur du travail que la décision contestée soit contraire à la jurisprudence uniforme de celui-ci¹⁶³, d'où la nécessité de définir la jurisprudence uniforme de façon claire.

Les « súmulas ». La « súmula » est le principal instrument d'uniformisation jurisprudentielle du droit brésilien. Seuls les Tribunaux (de deuxième et troisième degré de juridiction) peuvent les édicter. L'édiction et la procédure de l'élaboration de la « súmula » d'application facultative sont règlementées par le Code de procédure civile et les règlements des tribunaux. Le Tribunal supérieur du travail édicte également orientations jurisprudentielles et des précédentes normatives dans le but d'orienter les juges du fond. L'orientation jurisprudentielle (OJ)¹⁶⁴ « est une «quasi- súmula» qui exprime la jurisprudence du Tribunal supérieur du travail, mais qui, pour des raisons d'opportunité et de politique jurisprudentielle de celui-ci, n'est pas élevée au grade de « súmula »¹⁶⁵. Le précédent normatif¹⁶⁶ est « un énoncé, un résumé formé à partir d'un jugement rendu en sentence normative, dans un litige collectif »¹⁶⁷.

En raison de son importance en tant qu'instruments d'uniformisation de la jurisprudence, la quantité de énoncés jurisprudentiels ne cesse de croître. Dans le cadre du Tribunal Supérieur du travail, près de 1.300 énoncés ont été édictés au fil du temps, comprenant les « súmulas », les orientations

¹⁶⁰ CF, art. 102.

¹⁶¹ **MACHADO DE OLIVEIRA, C.**, *A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho*, in **RIBEIRO DOS SANTOS**, Enoque, **PINTO E SILVA** Otavio, **COSME CRAVO**, Silmara, **MAIRA FIORAVANTE**, Tamira (dir.), *Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional*, São Paulo, LTr, ago 2006, p. 254

¹⁶² MARTINS PADILHA GAURIAU, R., op. cit, p. 97

¹⁶³ MACHADO DE OLIVEIRA, C., op. cit, p. 255.

¹⁶⁴ En portugais, orientação jurisprudencial.

¹⁶⁵ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., op. cit, p. 104

¹⁶⁶ En portugais, «precedente normativo».

¹⁶⁷ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., op. cit, p. 105.

jurisprudentielles et les précédents normatifs, alors que la Consolidation des Lois du Travail, n'atteint pas les 930 articles. Au sein du Tribunal suprême fédéral, plus de 700 énoncés ont été approuvés¹⁶⁸.

Selon les articles 476 et 479 du code de procédure civile, tout tribunal brésilien dispose de la compétence pour émettre des « *súmulas* ». Toutefois, nous allons nous intéresser uniquement aux *súmulas* élaborées par le Tribunal supérieur du travail et par le Tribunal suprême fédéral, en raison de leur autorité et de leur portée en tant qu'instrument d'uniformisation de la jurisprudence.

Les « *súmulas* » non contraignantes. Les *Súmulas* du Tribunal Supérieur du travail sont d'application facultative. Ces *súmulas*, sont recouvertes d'un pouvoir contraignant horizontal, c'est-à-dire, à l'égard de l'organe qui l'a édictée. Elles sont produites à titre indicatif. Ainsi, le juge peut les contredire, dès lors qu'il motive sa décision.

Une influence persuasive. Néanmoins, les *súmulas* exercent une importante influence sur la performance de l'appareil judiciaire dans son ensemble. Même s'il s'agit d'une influence persuasive, et non, normative¹⁶⁹ elles ont un *potentiel* contraignant en raison d'autorité croissante qui leur est conféré par le législateur lui-même. Plus qu'un outil d'uniformisation de la jurisprudence, elles sont un instrument de rationalisation du travail au sein des tribunaux, pour faire face à la judiciarisation et à la consommation en masse de la justice.

La loi n.º. 9 957, approuvée en 2000, en disciplinant la procédure « *sumaríssimo* »¹⁷⁰, admit¹⁷¹ le dépôt d'un recours en révision devant le Tribunal supérieur du travail uniquement en cas de contradiction avec une « *súmula* » du Tribunal supérieur du travail et de violation directe de la Constitution Fédérale. La rédaction de la loi indique le poids conféré à la jurisprudence uniformisée par le biais des « *súmulas* », car il n'a même pas considéré la violation de la loi comme condition de recevabilité du recours. En conséquence, si la décision viole la loi, mais pas les « *súmulas* », elle n'est pas susceptible de recours. Si la décision viole les « *súmulas* », peu importe la rédaction de la loi, l'appel

¹⁶⁸ MALLET, E. *Introdução*, in ZUCATTI PRITSCH C., ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA, F., DA COSTA HIGA, F., MARANHÃO, N., *Precedentes no Processo do Trabalho*, RT, 2020

¹⁶⁹ LEMOS PAES GONÇALVES DA SILVA, M., Les « *súmulas vinculantes* »: la compétence constitutionnelle de production de normes juridiques générales par le Tribunal suprême brésilien. *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/4, n° 108, p. 903

¹⁷⁰ La procédure « *sumaríssimo* » s'applique lorsque la valeur de la cause est estimée entre 2 (deux) salaires minimums et 40 (quarante) salaires minimums. La disposition légale de ce rite se trouve à l'art. 852-A et suivants de la CLT.

¹⁷¹ La loi a introduit le § 6, à l'art. 896, de la CLT

est recevable. Par le biais de la loi n^o. 9 957/2000, les précédents cristallisés acquièrent plus de poids que la loi elle-même en tant que condition de recevabilité de recours de certaines décisions¹⁷².

Dans le même sens, le Code de la Procédure Civile de 2015 renforce l'autorité des « súmulas ». Le non-respect de la jurisprudence rend irrecevable d'autres recours portant sur des questions déjà objet d'une « súmula »¹⁷³. Elle peut également être le fondement des décisions de justice qui peuvent être rendues même de manière anticipée, indépendamment d'instruction probatoire, quand la demande qui se fonde uniquement en droit est contraire à l'énoncé de principe posé par une « súmula ». Le Tribunal Supérieur du travail a déjà edicté 463 « súmulas »¹⁷⁴ (hormis les « precedentes normativos » et « orientações jurisprudenciais »), sur des sujets variés en droit du travail et concernant également le contentieux en droit du travail, comme en matière de charge de la preuve¹⁷⁵, d'égalité salariale¹⁷⁶, de licenciement discriminatoire¹⁷⁷ et rémunération des heures supplémentaires. Malgré son caractère non contraignant, les « súmulas » du Tribunal Supérieur du Travail ont pour vocation d'être appliquées par toutes les juridictions travaillistes inférieures (les tribunaux régionaux du travail et les « Varas do trabalho »). Elles sont un important outil de rationalisation du travail, vu la portée conférée par le législateur. Cette portée conférée à la jurisprudence est accrue en ce qui concerne les « súmulas » édictées par le Tribunal suprême fédéral. Ce fait ne découle pas seulement de sa hiérarchie dans le cadre juridique brésilien, mais également de la possibilité conférée par le législateur de l'édition de « súmulas » ayant un caractère contraignant.

Les « súmulas vinculantes ». On rappelle que le Tribunal fédéral suprême est l'organe supérieur de l'ordre juridictionnel brésilien. Il lui appartient le rôle d'assurer la sauvegarde de la Constitution¹⁷⁸. Parmi ses principales attributions, celles relatives au contrôle de conformité des lois ou d'actes normatifs à la Constitution, singularisent son rôle de Cour constitutionnelle, tant les voies de recours en la matière sont variables. « Cette pluralité de recours à la compétence du Tribunal fédéral suprême a abouti à la saturation de l'organe, qui n'est en mesure de rendre ses décisions que plusieurs années après sa saisine. En 2014, il a jugé 110 603 procès, parmi lesquels des décisions du Tribunal en séance plénière, en section et en formation monocratique, alors que la *House of Lords*, juge en moyenne 100 cas par an, et la Cour Suprême des États- Unis, moins de 200. Face à cet encombrement juridictionnel, plusieurs propositions ont été élaborées, dont l'admission d'une portée obligatoire des

¹⁷² MALLET, E. *Introdução*, in ZUCATTI PRITSCH C., ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA, F., DA COSTA HIGA, F, MARANHÃO, N., *Precedentes no Processo do Trabalho*, RT, 2020 175 CPC, articles 332, 489 et 496.

¹⁷³ CPC, art. 332

¹⁷⁴ Les Súmulas du Tribunal Supérieur du travail sont accessibles sur <https://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. 178 TST, Súmula 460

¹⁷⁵ TST, Súmula 455

¹⁷⁶ TST, Súmula 443

¹⁷⁷ TST, Súmula 290

¹⁷⁸ CF, art. 102

précédents du Tribunal fédéral suprême. C'est en suivant cette perspective, qu'ont été élaborées les « *súmulas vinculantes* »¹⁷⁹.

Les « *súmulas vinculantes* » ont pour origine l'amendement constitutionnel n° 45/2004, qui a constitutionnellement reconnu au Tribunal suprême fédéral la compétence de production de normes. « Cet amendement du 30 décembre 2004, appelé « Réforme du judiciaire », avait pour objectif l'augmentation de l'efficacité de l'appareillage judiciaire, l'incrément de la célérité avec laquelle les décisions juridictionnelles étaient rendues et le renforcement du principe d'égalité devant la loi. Il est donc nécessaire que les tribunaux décident de façon identique lorsque les mêmes cas concrets se présentent devant eux. Autrement dit, une demande judiciaire ne doit pas être renvoyée à un organe juridictionnel, une fois que l'objet de cette demande a déjà fait l'objet de discussions et jugements dans diverses autres hypothèses. Les « *súmulas vinculantes* » ont alors été conçues comme le moyen le plus efficace pour parvenir à ces résultats. Il s'agit d'énoncés de nature éminemment constitutionnelle produits par le Tribunal fédéral suprême, sur la validité, l'interprétation et l'efficacité de normes déterminées, qui ont une force obligatoire à l'égard et de d'autres organes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique »¹⁸⁰

L'article 103-A de la Constitution ainsi introduit par la « Réforme du judiciaire », dispose que « Le Tribunal fédéral suprême pourra, d'office ou par provocation, par une décision de deux tiers de ses membres, après des décisions réitérées en matière constitutionnelle, approuver la *súmula* qui, à partir de sa publication dans le journal officiel, aura un effet contraignant à l'égard de d'autres organes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique directe et indirecte, aux niveaux fédéral, étatique et municipal, aussi bien que procéder à sa révision, selon les formalités établies par la loi ».

Une loi a été adoptée sous le n° 11.417/2006, le 19 décembre 2006, régulant l'édiction, la révision et l'annulation d'un énoncé de *súmula vinculante* produit par le Tribunal fédéral suprême. L'objectif du constituant dérivé en introduisant les *súmulas vinculantes*, était aussi d'harmoniser la jurisprudence (l'hétérogénéité étant due notamment au contrôle diffus de constitutionnalité) et d'assurer une meilleure isonomie dans la résolution des cas concrets.

Portée. La Constitution prévoit qu'à partir de leur publication au journal officiel, les

¹⁷⁹ LEMOS PAES GONÇALVES DA SILVA, M., Les «*súmulas vinculantes*»: la compétence constitutionnelle de production de normes juridiques générales par le Tribunal suprême brésilien. *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/4, n° 108, p. 903

¹⁸⁰ *Ibid.*

súmulas vinculantes présentent un effet contraignant à l'égard de *d'autres organes du pouvoir judiciaire* et de l'administration publique directe et indirecte, aux niveaux fédéraux, étatiques et municipaux. L'attribution d'un caractère contraignant, pourrait alors conduire à la conclusion selon laquelle les « *súmulas vinculantes* », sont finalement des lois produites par un organe juridictionnel. Si leur généralité et leur caractère obligatoire font qu'elles y ressemblent très fortement, il ne s'agit pas véritablement de lois car, tout d'abord, la généralité est inférieure à celle des lois. En effet, « la *súmula vinculante* » ne se destine pas à tout citoyen, mais au pouvoir judiciaire et à l'administration publique. Ensuite, le pouvoir législatif produit des lois selon des critères purement politiques, où l'initiative étant libre. Au contraire, les *súmulas vinculantes* ne peuvent pas être produites selon des critères politiques, puisque le paragraphe premier de l'article 103-A prévoit que la *súmula* aura pour objectif la validité, l'interprétation et l'efficacité de normes déterminées, autour desquelles il existe une controverse actuelle entre les organes judiciaires ou entre ceux-ci et l'administration publique qui entraîne une grave insécurité juridique et une multiplication des procès sur la même question. De même, l'initiative n'est pas libre. Elle est limitée à une certaine catégorie de personnes, et il doit exister des précédents jurisprudentiels qui serviront de base à leur production.

Le paragraphe 3 de l'article 103-A de la Constitution, a prévu que « l'acte administratif ou la décision judiciaire qui contreviendrait à la *súmula* applicable ou qui indûment l'appliquerait, ouvrira la voie de la réclamation devant le Tribunal fédéral suprême qui, en l'accueillant, annulera l'acte administratif ou cassera la décision judiciaire réclamée, et déterminera qu'une autre soit rendue, avec ou sans l'application de la *súmula* le cas échéant ». La réclamation constitutionnelle est une voie particulière et spécifique au système brésilien. La Constitution fédérale brésilienne de 1988 prévoit dans ses articles 102, alinéa 1 la compétence originellement dévolue au Tribunal fédéral suprême pour juger la réclamation, dans l'objectif de préserver leur compétence et de garantir l'autorité de leurs décisions. Il s'agit donc de la possibilité de porter remède au non-respect par les juges, d'une décision rendue par le Tribunal suprême fédéral.

En droit du travail, le STF a édicté des « *súmulas vinculantes* » en matière du droit matériel, en déterminant des critères pour le calcul du complément de rémunération dans le cadre des activités insalubres¹⁸¹ ; et également en ce qui concerne le contentieux en droit du travail, comme dans le cas des « *súmulas vinculantes* » qui disposent sur la compétence de la Justice du Travail¹⁸².

Outre la grande liberté d'interprétation accordée au juge brésilien pour la réalisation des

¹⁸¹ STF, *Súmula vinculante* 4

¹⁸² STF, *Súmulas vinculantes* 22 et 53

droits fondamentaux et la suppression des lacunes, ainsi que la grande portée conférée à la jurisprudence, le législateur brésilien a prévu des mécanismes permettant au juge de se substituer en tant qu'auteur de la norme sociale.

5.2.1.2 Paragraphe 2 : Le remplacement des auteurs traditionnels de la norme sociale

Le législateur permet au juge de remplacer les auteurs traditionnels de construction de la norme sociale en droit du travail. Il permet le remplacement des partenaires sociaux (I) et, dans des cas plus restreints, du législateur lui-même (II).

5.2.1.2.1 I - Le remplacement des partenaires sociaux

Les conflits collectifs de travail. Le droit du travail au Brésil a intégré des sources négociées par les partenaires sociaux. Aux termes de la Consolidation des Lois du Travail, les partenaires sociaux ont compétence pour établir des accords ou **des** conventions collectifs. L'article 611 de la CLT prévoit par ailleurs que la convention collective est un accord à caractère normatif, conclu entre organisations professionnelles, c'est-à-dire entre une organisation patronale et une organisation syndicale au moins, représentant les catégories économiques et professionnelles concernées par la convention, et réglementant des éléments des relations individuelles de travail. Le § 1 de cet article habilite également les syndicats représentant les catégories professionnelles concernées à conclure des accords collectifs, qui se caractérisent par le fait qu'ils sont négociés directement avec l'entreprise ou les entreprises de la catégorie économique correspondante, réglementant les conditions de travail applicables dans le cadre de l'entreprise¹⁸³.

Toutefois, le droit du travail au Brésil, étant conçu dans un souci de neutralisation des mouvements sociaux, a créé un mécanisme de résolution des conflits du travail assez singulier, en consacrant un « pouvoir normatif » à la Justice du Travail. La Constitution Fédérale de 1937, en instituant la Justice du Travail, a interdit la grève et le lockout dans son article 139. La grève et le lockout étant interdits, le « pouvoir normatif » de la Justice du travail a été reconnu comme un instrument en mesure de résoudre les demandes des salariés, par le biais des procédures collectives nommées « *dissídios coletivos* ». En 1946, une nouvelle Constitution a défini, dans son article 123, que la Justice du travail était compétente pour concilier e juger les « *dissídios coletivos* » entre salariés et employeurs. Le §2° de l'article 123 renvoi à la loi la détermination des hypothèses où les décisions des « *dissídios coletivos* » peuvent établir les normes et les conditions du travail. Le pouvoir normatif prévu par la

¹⁸³ SARMENTO BARRA, J., *La loi fondatrice du droit du travail au Brésil 70 ans après*, Rev. Dr. du Trav. 2015, p. 279

Constitution de 1946 est « la faculté conférée au juge du travail, à l'occasion d'un litige collectif, de créer de nouvelles normes et conditions générales et abstraites, de nature économique, dans le respect des dispositions conventionnelles et légales minimales de protection du travail et dont la portée juridique va s'imposer aux syndicats ou confédérations de salariés ou employeurs intéressés »¹⁸⁴. Ce pouvoir a été maintenu au fil des années, y compris par la Constitution fédérale de 1988, qui reconnaît le droit de grève¹⁸⁵. Elle envisage le pouvoir normatif de la Justice du travail dans son article 114, dans le cas où la négociation collective n'est pas aboutie ou que les partenaires sociaux n'ont pas recouru à l'arbitrage¹⁸⁶. Les « dissídios coletivos » peuvent être jugés par les Tribunaux régionaux du travail ou par le Tribunal supérieur du travail, en fonction de l'étendue territoriale du conflit ou de la représentation des entités syndicales qui figurent dans le litige collectif.

Hypothèses. Le Tribunal Supérieur du Travail classe les « dissídios coletivos » dans l'article 20 de son règlement intérieur. Ainsi, ils peuvent avoir une nature économique, dans le cas où ils ont le but de créer des normes et des conditions de travail ; ils ont une nature juridique, dans le cas où on demande au juge d'interpréter des clauses de normes collectives qui s'appliquent aux parties ; ils sont originaires, quand il n'y a pas encore de normes déterminés par des « dissídios coletivos » antérieurs ; ils sont « de révision », quand ils ont pour but de révoir les conditions collectives de travail qui sont devenues injustes ou inefficaces en raison de la modification des conditions de fait ; et ils sont « de grève » quand ils ont pour demande que le juge statue sur la validité d'une grève¹⁸⁷.

Nature. Il convient de noter que l'attribution constitutionnelle accordée au pouvoir judiciaire pour fixer des règles juridiques, dans le cadre des « dissídios coletivos », ne doit pas être confondue avec la performance jurisprudentielle classique. Dans cette dernière hypothèse, ce qui se passe est une dynamique de répétition, par les tribunaux, de jugements individuels dans un sens similaire ou identique, dans l'exercice d'une fonction typique et traditionnelle des juges. La décision issue du « dissídio coletivo », nommée « sentença normativa », établit un ensemble de règles générales, abstraites, impersonnelles et impératives. Ces normes sont posées, à la suite d'un processus unique soumis à l'examen du tribunal du travail dans un but précis et spécifié, dans l'exercice d'un pouvoir typique et traditionnel du pouvoir législatif ou des partenaires sociaux¹⁸⁸.

On rappelle qu'ordinairement, une décision de justice est l'acte par lequel le juge résout

¹⁸⁴ MARTINS PADILHA GAURIAU, R., *op. cit.*, p. 45

¹⁸⁵ CF, art. 9°.

¹⁸⁶ GODINHO DELGADO M., *Curso de direito do trabalho*, 18° ed, São Paulo LTr, 2019, p. 1467

¹⁸⁷ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique, *Curso de direito processual do trabalho*, 19° ed. São Paulo: Saraiva, 2021

¹⁸⁸ GODINHO DELGADO M., *op. cit.*, p. 1468

une phase spécifique du processus judiciaire, avec ou sans confrontation au fond de l'affaire ou à la phase procédurale correspondante. Il s'agit donc d'une décision rendue par le pouvoir judiciaire, dans l'exercice de sa compétence, face aux questions concrètes soumises à son jugement. De cette manière, d'un point de vue formel (c'est-à-dire par la voie de sa formation et de son extériorisation), la « *sentença normativa* » serait classée comme une décision classique.

Cependant, la « *sentença normativa* » se distingue des décisions qui mettent fin à une procédure judiciaire classique par son contenu. Cette décision n'applique pas une norme juridique existante sur la relation entre les parties ; il ne s'agit donc pas strictement d'un exercice du pouvoir juridictionnel. Au contraire, elle produit des règles juridiques générales, abstraites, impersonnelles, impératives et à vocations à s'appliquer sur les relations *ad futurum*. Pour cette raison, d'un point de vue de son contenu, la « *sentença normativa* » correspond à la loi¹⁸⁹.

Encadrement. L'amendement constitutionnel n° 45/2004 ("Reforma do judiciário") a établi une nouvelle condition pour la saisine des Tribunaux en ce qui concerne les « *dissídios coletivos* » ayant un objectif économique. Dans ce cas, la « *reforma do judiciário* » a modifié le §2° de l'article 114 de la Constitution fédérale, pour déterminer que si l'une des parties refuse la négociation collective ou l'arbitrage, les parties sont autorisées, d'un commun accord, à saisir les tribunaux du travail d'un « *dissídio coletivo* » de nature économique, pour que le tribunal du travail puisse trancher le conflit. La condition d'un « *commun accord* » a réduit la fréquence et la viabilité des « *dissídios coletivos* », même si la jurisprudence du Tribunal supérieur du travail permet que l'accord soit tacite, c'est-à-dire, qu'il découle de la non-opposition au « *dissídio coletivo* » par la partie qui est saisie¹⁹⁰. Cependant, cet instrument juridique est toujours valable dans le système juridique brésilien et occupe une place non négligeable.

Le législateur brésilien a permis également au juge de remplacer lui-même dans les cadre des omissions dans la mise en œuvre du projet constitutionnel.

5.2.1.2.2 II-Le remplacement du législateur

Le contrôle des omissions constitutionnelles. Le souci de mise en œuvre du projet constitutionnel de 1988 a induit le législateur constituant à établir un large système de contrôle de constitutionnalité, par le biais de l'intervention du juge. Ce contrôle induit à écarter les lois inconstitutionnelles (contrôle de l'inconstitutionnalité « *par action* ») et également à sanctionner

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique, Curso de direito processual do trabalho, 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021

l'omission législative inconstitutionnelle (contrôle de l'inconstitutionnalité « par omission »). Cette omission a lieu en cas de non-respect par le législateur de l'obligation constitutionnelle de légiférer. Cette obligation résulte à la fois de dispositions constitutionnelles explicites et de décisions fondamentales identifiées dans le processus d'interprétation de la constitution¹⁹¹. Elle implique non seulement le problème de la concrétisation de la constitution, mais aussi des questions liées à l'efficacité des normes constitutionnelles.

Le système de contrôle de constitutionnalité brésilien prévoit, pour faire face aux omissions inconstitutionnelles, l'action directe d'inconstitutionnalité par omission et le « *mandado de injunção* ». L'action directe d'inconstitutionnalité par omission est jugée par le Tribunal suprême fédéral. Si, par le biais de l'action directe, le STF reconnaît l'existence d'une omission inconstitutionnelle, l'autorité compétente sera informée d'adopter les mesures nécessaires et, dans le cas d'un organe administratif, de le faire dans un délai de trente jours. Cependant, c'est par le biais du jugement d'un « *mandado de injunção* », que le juge peut avoir un rôle accru en ce qui concerne la suppression de l'omission inconstitutionnelle.

Le problème de la justiciabilité des droits sociaux. « Le problème de l'efficacité des droits proclamés par les déclarations est entièrement lié aux techniques et aux procédures de leur défense »¹⁹². Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les droits sociaux, qui ont sa justiciabilité débattue, en raison de la mise en œuvre nécessaire de prestations positives des gouvernements. L'article 5°, LXXI de la Constitution fédérale a prévu le recours au « *mandado de injunção* », dans tous les cas où l'absence de la norme rend impraticable l'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution. Dans son origine, le recours a été créé pour résoudre le problème de l'inefficacité des normes constitutionnelles que consacrent les droits sociaux, notamment ceux qui définissaient l'action de l'État dans le domaine de l'éducation publique¹⁹³. Le recours a été règlementé par la loi n° 13.300 du 23 juin 2016.

La constitution brésilienne de 1988 a élargit le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, par le biais du « *mandado de injunção* ». Dans les cas où l'on aurait constaté une omission, elle est d'habitude portée à la connaissance de l'organe compétent afin que soient prises les mesures né-

¹⁹¹ FERREIRA MENDES, G., GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, 16^a ed., São Paulo, Saraiva, 2021 196 CF, art. 103, §2°

¹⁹² GURVITCH G. *La déclaration des droits sociaux* (1946), rééd. Dalloz 2009, p. 42, cité par ROMAN, Diane, *Le juge et des droits sociaux : vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ?*, RDSS 2010 p. 793.

¹⁹³ FERREIRA MENDES, G., GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, 16^a ed., São Paulo, Saraiva, 2021

cessaires pour y remédier, allant jusqu'à fixer un délai contraignant s'il s'agit d'un organe administratif. Ce qui rend plus intéressant le « mandado de injunção » est que le Tribunal suprême fédéral peut même décider des mesures nécessaires pour rendre efficace le droit, à effet individuel ou *erga omnes* selon les cas¹⁹⁴. Ainsi, « à la différence de l'action en inconstitutionnalité par omission, il ne s'agit pas d'une simple déclaration; le Tribunal ne se contente pas de constater l'absence de la norme, mais produit, selon sa propre doctrine, une norme « supplétive », pour réglementer le droit reconnu par le texte constitutionnel – il ne s'agirait pas, selon sa propre interprétation, d'une norme de « création », puisque le droit existe déjà dans la Constitution »¹⁹⁵.

Avant la réglementation du « mandado de injunção » par la loi de 2016, ses effets étaient discutés. En effet, le STF a initialement compris que les effets de la décision rendue en « mandado de injunção » se limitaient à la déclaration de l'omission par l'autorité compétente d'édicter la règle réglementaire manquante. La Cour estimait que le pouvoir judiciaire ne devrait pas être considéré comme un substitut du législateur ou de l'administrateur qui avait s'est abstenu d'exercer sa compétence normative.

Ce n'est qu'après les « mandados de injunção » ns. 670, 708, 712¹⁹⁶ jugés en 2007, que le STF a commencé à donner de nouveaux contours consubstantiels au recours. Ces affaires ont été déposées dans le but de permettre aux fonctionnaires d'exercer le droit de grève. Ce droit a été consacré par l'article 37, VII, de la Constitution fédérale, mais sous condition de réglementation par la loi. Le tribunal a adopté une position concrétiste, pour rendre possible l'exercice du droit de grève aux fonctionnaires, grâce à l'application analogique de la loi générale sur la grève (loi 7 783/1989). Par conséquent et pour la première fois, le STF a accordé une tutelle spécifique du droit subjectif jusqu'alors non viable en raison de l'absence de loi réglementaire¹⁹⁷. Cette position a ensuite été ratifiée dans le jugement du MI 795, concernant la retraite spéciale des fonctionnaires, une occasion dans laquelle la Cour suprême a reconnu le retard de l'autorité législative et a déterminé l'application, le cas échéant, des règles spéciales de retraite du système général de sécurité sociale sociale (article 57 de la loi 8213/1991)¹⁹⁸.

Plus récemment, le TSE a analysé le MI 943¹⁹⁹, déposé en raison de l'absence de loi

¹⁹⁴ Loi n° 13.300 du 23 juin 2016, article 9.

¹⁹⁵ HERRERA C M, « Démocratie, pouvoir judiciaire, droits sociaux », dans : , *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*. sous la direction de Herrera Carlos Miguel, Pinon Stéphane. Paris, Éditions Kimé, « Nomos & Normes », 2012, p. 65.

¹⁹⁶ MI 670, rel. min. Maurício Corrêa, red. para acórdão min. Gilmar Mendes; MI 708, rel. min. Gilmar Mendes; e MI 712, rel. min. Eros Grau, jugés par le Tribunal suprême fédéral en 25/10/2007.

¹⁹⁷ MI 670, rel. min. Maurício Corrêa, red. para acórdão min. Gilmar Mendes; MI 708, rel. min. Gilmar Mendes; e MI 712, rel. min. Eros Grau, jugés par le Tribunal suprême fédéral en 25/10/2007.

¹⁹⁸ MI 795, rel. min. Cármen Lúcia, DJe du 22/5/2009. Actuellement, cette interprétation du STF est énoncé dans la Súmula Vinculante 33.

¹⁹⁹ MI 943, rel. min. Gilmar Mendes, DJe du 2/5/2013

régissant de l'article 7°, XXI de la Constitution à l'époque. L'article garantissait aux travailleurs le droit à un préavis proportionnel au temps de travail et renvoyait à la loi sa réglementation. Le Tribunal suprême fédéral a signalé qu'il adopterait une décision en donnant un effet concret à la décision. Cependant, il a choisi de reporter le jugement et d'élaborer une proposition pour la mise en œuvre adéquate du droit subjectif irréalisable. Il s'avère que face à cette prise de position du STF, la réponse législative a été rapide - avec le règlement du droit avant même la restitution des dossiers pour la continuité du procès. En effet, le Congrès national a promulgué la loi 12.506/2011 en la matière et, compte tenu de ce fait, la Tribunal suprême fédéral a choisi d'appliquer les mêmes critères définis par le législateur dans les affaires alors en instance de jugement. Ainsi, les autorités judiciaires et législatives ont instauré un véritable dialogue institutionnel.

L'effet concret du « mandado de injunção » validé par le législateur. Ainsi, cet instrument a, au fil des années, acquis de nouveaux contours résultant de la construction de la jurisprudence, de sorte que le législateur, par l'édiction de la loi 13.300/2016 valide la mise en œuvre des effets concrets par le juge. En ce sens, l'article 8° de la loi sur le « mandado de injunção » autorise le pouvoir judiciaire à fixer un délai raisonnable pour l'édition de la règle réglementaire; ainsi que de préciser les conditions dans lesquelles les droits, libertés ou prérogatives revendiqués seront exercés, voire les conditions dans lesquelles l'intéressé peut agir lui-même pour les exercer, si le délai législatif n'est pas respecté. De façon encore plus innovante, l'article 9° dispose que les décisions peuvent avoir soit des effets limités aux parties, soit effet *erga omnes*, affectant des tiers qui ne sont pas directement impliqués dans le « mandado de injunção ». En outre, une fois la sentence devenue définitive, le § 2° de l'article 9° permet au rapporteur d'étendre les effets de la décision à des cas analogues par décision monocratique²⁰⁰. Cependant, la loi précise que la décision prendra effet jusqu'à l'avènement de la norme réglementaire, de sorte que la fonction législative ne soit pas rendue irréalisable par la publication d'une quelconque décision du tribunal.

²⁰⁰ FERREIRA MENDES, G., GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, 16^a ed., São Paulo, Saraiva, 2021

5.2.2 Section 2 : En France

Un système articulé. La dispersion du contentieux en France et la concurrence des contrôles donne lieu à un réseau permettant la création de la norme jurisprudentielle. Parmi tous les auteurs qui interviennent potentiellement dans le champ du Droit du travail, les magistrats des juridictions suprêmes jouent certes les premiers rôles. Leurs arrêts ont une vocation jurisprudentielle que ne possèdent pas les décisions des juridictions inférieures. Cette vocation tient d'abord à la mission des Cours de veiller à « l'unité de la jurisprudence » au sein de leur ordre²⁰¹. La contribution principale est celle de la Cour de cassation. Elle sera seule présentée dans les développements ci-dessous, étant donné que les contributions du Conseil d'État et du Conseil Constitutionnel à la création jurisprudentielle sont plus ponctuelles²⁰². Cependant, la norme sociale en France est également construite de façon non négligeable par l'intervention d'auteurs situés en dehors du territoire national. En ce sens, la France a déjà ratifié 128 Conventions et 2 Protocoles de l'Organisation Internationale du Travail²⁰³ et, au niveau européen, il existe une hiérarchie des normes qui n'est pas conçue de la même manière qu'en droit interne²⁰⁴.

C'est pourquoi il est pertinent d'analyser comment est mis en œuvre le rôle normatif de la Cour de cassation (Paragraphe 1), qui est cependant tempéré par une influence extérieure (Paragraphe 2).

5.2.2.1 Paragraphe 1 : Le rôle normatif de la Cour de cassation

Un juge du droit. L'apport de la Cour de Cassation au droit du travail positif est considérable d'abord en raison de la mission de la Cour : aux termes du sous-titre III du titre XVI du livre premier du code de procédure civile, le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire qui tend, selon l'article 604, « à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». En outre, il résulte des articles L. 411-1 et L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire que la mission essentielle de la Cour de cassation est d'assurer l'unité de l'interprétation de la loi sur tout le territoire de la République sans connaître le fond des affaires, afin

²⁰¹ PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD A., Droit du travail, 22^e édition, Précis, Dalloz, 2004, p. 91

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Information disponible sur https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102632

²⁰⁴ CHAMPEAUX F., *Le dialogue des juges au menu du colloque Droit social*, Semaine Sociale Lamy, n°1749, 2016

d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi. Son rôle de juge du droit permet à la Cour de cassation de développer la part de création du droit qui découle du contrôle de l'interprétation de la loi²⁰⁵.

En faisant de la Cour de cassation l'institution chargée d'assurer l'unité de l'interprétation de la loi, le droit positif lui donne le pouvoir juridique d'imposer son interprétation de la loi et d'en faire le complément obligatoire de celle-ci²⁰⁶. Les mêmes raisons qui imposent la généralité de la loi, imposent la généralité de son interprétation, pour répondre au sentiment public qui réclame que soient traités de même tous ceux qui se trouvent dans la même situation²⁰⁷.

En droit du travail, la Chambre sociale de la Cour occupe une place privilégiée dans cette construction jurisprudentielle (I), ce qui n'exclut cependant pas le développement de cette branche du droit par le dialogue entre les juges (II).

5.2.2.1.1 I : Le rôle normatif de la Chambre sociale de la Cour de cassation

La chambre sociale de la Cour de cassation a été créée par un décret du 17 juin 1938. Elle a constitué la première modification importante de la Cour de cassation depuis sa création, ayant pour vocation, dès l'origine, de traiter du contentieux nouveau engendré par l'évolution de la société²⁰⁸. Avec une compétence centrée sur le domaine social, elle a également pour mission, dans son rôle d'unifier l'interprétation de la loi sur tout le territoire, d'édifier une jurisprudence abstraite qui, au-delà de tels ou tels cas particuliers, va servir de règle dans les entreprises. Pour cette raison, Philippe Waquet a écrit qu'elle a une fonction normative, qui se développe parallèlement à la fonction juridictionnelle²⁰⁹

La mise en œuvre du rôle normatif de la chambre sociale s'effectue grâce à certains moyens. Ainsi, divers instruments peuvent être sollicités par le juge pour une construction prétorienne du droit et le sont abondamment par la chambre sociale de la Cour de cassation dans l'exercice de sa fonction normative. Certains se rattachent à la formulation proprement dite des règles (A) tandis que d'autres relèvent d'un objectif d'explicitation et de justification du droit prétorien (B).

5.2.2.1.1.1 A - La formulation des règles

²⁰⁵ GHESTIN J., GOUBEAUX G., *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed., 1994, p. 469

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 470

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ WAQUET, P. *Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. Soc 1998, p. 62.

²⁰⁹ *Ibid.*

La diversité des techniques. Pour produire du droit nouveau, la chambre sociale met en place une diversité de support des règles (§1°), qu'elle énonce parfois par voie de disposition générale (§2°), malgré l'interdiction de formulation d'arrêts de règlement. Puis par le biais des visas qui assimilent une règle prétorienne à une règle légale (§3°), des directives données aux juges dans la formulation des arrêts (§4°) se manifeste également la construction prétorienne du droit du travail.

§1° La diversité des supports des normes d'origine prétorienne. La création de règles ne se limite pas à l'énoncé d'une norme ou d'une règle de conduite ; elle peut également consister dans toute opération destinée à produire des effets de droit, comme une définition, une qualification juridique, la création de catégories (notions, concepts juridiques) et la reconnaissance des principes généraux du droit.

La définition. D'abord, la définition, c'est ce qui détermine le sens d'une notion, la notion définie permettant ensuite l'application de règles, de droits, d'obligations. L'opération se confond assez largement avec l'interprétation qui est l'office normal du juge, ce qui ne suffit donc pas à caractériser en soi une construction prétorienne du droit au sens donné précédemment. La multiplicité des définitions données par la chambre sociale de la Cour de cassation, la manière dont elles sont construites dans un attendu de principe isolé et précis ne laissant aucun doute sur la portée qu'il convient de leur accorder, et la large publication qui en est systématiquement faite, justifient qu'on puisse les qualifier de prétoriennes, comme manifestant la volonté du juge d'exprimer et revendiquer son pouvoir normatif²¹⁰. Lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation est saisie de conflits de qualification, la définition prétorienne peut en donner la clé de résolution, en mettant en œuvre un ordonnancement des notions. Les fautes susceptibles de provoquer le licenciement d'un salarié sont emblématiques de cette vocation à l'ordonnancement dans la procédure définitoire²¹¹.

Ainsi, la Chambre sociale de Cour de cassation définit à la fois la faute lourde et la faute grave. La faute lourde nécessite « l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise »²¹², tandis que la faute grave se caractérise par « un fait ou un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis »²¹³. Procédant d'un objectif de « rénovation du droit disciplinaire »²¹⁴, l'usage des définitions participe ici d'une véritable

²¹⁰ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501.

²¹¹ WOLMARK, C., *La définition prétorienne, Étude en droit du travail*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2007, p. 50.

²¹² Soc. 12 mars 1991, JCP E 1991, II, 180, note F. TAQUET 217 Soc. 26 février 1991, Bull., V, n 97.

²¹³ Soc. 26 février 1991, Bull., V, n 97.

²¹⁴ Rapport de la Cour de cassation – 1991, La Documentation française, 1992, p. 201

politique jurisprudentielle qui ne sera totalement achevée que par un arrêt du 9 décembre 2000 proclamant que la faute grave a nécessairement un caractère disciplinaire²¹⁵.

La qualification. Le rôle normatif peut s'exprimer également par le biais d'une qualification. Il s'agit de l'opération intellectuelle d'analyse juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il faut qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante, d'où résulte par rattachement le régime juridique qui lui est applicable. Par exemple, la qualification d'engagement unilatéral donnée par la Cour de cassation aux accords atypiques à l'effet de leur conférer un caractère obligatoire. Elle peut être dite de source prétorienne si l'on considère qu'elle procède de la transposition et de la consécration dans les relations de travail d'une notion du droit commun des obligations dont l'existence et la portée sont controversées dans cette branche du droit²¹⁶.

Catégories, notions et concepts. De plus, il est fréquent que le juge du travail crée, de sa propre initiative, des catégories, notions ou concepts nouveaux auxquels sont attachés des effets de droit, soit pour régler certaines situations de fait, soit pour déterminer le champ d'application de certaines règles légales, soit pour contenir le pouvoir de direction, soit pour déclencher l'application de certaines règles particulières. Ainsi, la notion de « groupe » sert à déterminer le périmètre de l'obligation de reclassement de l'employeur en matière d'inaptitude physique et de licenciement pour motif économique ou le niveau d'appréciation des difficultés économiques (ou d'une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité) en matière de licenciement pour motif économique, tandis que la notion de « même catégorie professionnelle » sert de base à l'établissement de l'ordre des licenciements²¹⁷.

La reconnaissance des principes généraux du droit. Lorsque le législateur s'est abstenu, volontairement ou non, d'intervenir dans un domaine particulier, le juge, tenu de ne pas s'arrêter devant le vide apparent, s'efforce de découvrir la règle la plus juste pour une activité créatrice²¹⁸. Selon GHESTIN et GOUBEAUX, ce qui caractérise les principes généraux du droit est leur application par la jurisprudence, qui ne les crée pas, mais les extrait de la loi ou de la coutume savante, avec l'aide de la doctrine²¹⁹. Ce qui caractérise encore les principes généraux du droit est leur généralité. Ils peuvent être exprimés dans la loi, dégagés par « induction amplifiante de la loi » ou être exprimés dans les maximes

²¹⁵ Soc. 9 mai 2000, Dr. Soc. 2000, p 786, obs. F. FAVENNEC-HERY.

²¹⁶ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ GHESTIN J., GOUBEAUX G., *op. cit.*, p. 455.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 461.

et adages appartenant à la coutume dite savante²²⁰. En droit du travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu l'existence de principes plus ou moins spécifiques, en exprimant, par exemple, que la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable²²¹ ou en consacrant un principe d'égalité de traitement²²² ou l'exigence d'une contrepartie financière au titre de la validité de la clause de non-concurrence²²³.

§2° L'énoncé de règles par voie de disposition générale

Selon FROUIN, le plus souvent, les règles d'origine jurisprudentielle sont énoncées à la manière dont peut l'être une règle élaborée de toute pièce par son auteur, c'est-à-dire par voie de disposition générale ou d'affirmation, sans démonstration, et sans nécessaire rattachement à une règle ou à un texte existant²²⁴. Les arrêts de principe sont un outil important dans la construction prétorienne par la Cour de Cassation et surtout par la Chambre sociale en ce qui concerne le droit du travail. Ils ont été définis comme « des décisions univoques, dénuées d'ambiguïté, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenues ou soutenables »²²⁵.

Les exemples sont nombreux. Ainsi, la Chambre sociale a énoncé qu'« En matière prud'homale, la preuve est libre »²²⁶; « S'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public »²²⁷ ; « Il est de principe que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC »²²⁸ ou « La perte de

²²⁰ Ibid, p. 462.

²²¹ Cass. soc., 17 juill. 1996 : Bull. civ. 1996, V, n° 296.

²²² Cass. soc., 10 juin 2008 : JurisData n° 2008-044318

²²³ DAUXERRE, L., « Sources nationales », JurisClasseur Travail Traité, LexisNexis, fascicule 1-10, 21 Mai 2020.

²²⁴ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501

²²⁵ ATHIAS, CH, *L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé*, JCP 1984, I, 3145, n°1, cité par GHESTIN J., GOUBEAUX G., *op. cit.*, p. 446.

²²⁶ Cass. soc., 27 mars 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 108

²²⁷ Cass. soc., 24 mars 1998 : Bull. civ. 1998, V, n° 171

²²⁸ Cass. soc., 25 févr. 1998 : Bull. civ. 1998, V, n° 106.

confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs, seuls ces éléments peuvent le cas échéant constituer une cause de licenciement mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur »²²⁹.

§3° L'assimilation d'une règle prétorienne à une règle légale

Le choix du visa. Le visa est l'énonciation en tête d'un arrêt de cassation du fondement juridique de la décision en même temps que l'indication de sa source. Dans un système de droit écrit, ce sera le plus souvent une source formelle et plus précisément un texte. Ainsi, compte tenu du fait que la France n'adopte pas un système de précédents contraignants, la référence explicite de la Cour à sa jurisprudence et la citation d'affaires antérieures ne seraient pas autorisées à servir de fondement juridique à la décision de la Cour.

Toutefois, il n'est pas rare que le visa d'un texte dans les arrêts de cassation de la chambre sociale soit de pure forme en ce sens qu'il est insusceptible de fonder par lui-même en droit la décision, soit qu'il n'ait pas de véritable rapport avec la règle énoncée, soit qu'il ne la contienne pas, soit qu'il entretienne un rapport de généralité tel avec la règle énoncée qu'il ne dissimule guère le caractère prétorien de celle-ci. Comme l'explique Frouin²³⁰, « l'article 1134 du Code civil est souvent utilisé comme un visa passe-partout, parfois sans rapport avec la règle qu'il est censé fonder en droit²³¹. De même, l'article L. 321-1 de l'ancien Code du travail (*devenu C. trav., art. L. 1233-3*) qui, dans sa rédaction antérieure à 2002, se bornait à énoncer les éléments constitutifs du motif économique de licenciement, était habituellement mentionné au visa de cassations pour manquement de l'employeur à son obligation de reclassement alors même que le texte ne contenait pas encore une telle obligation ».

En outre, il est des cas où la Cour de cassation énonce au visa d'un arrêt de cassation les règles qu'elle se donne à elle-même et qu'elle applique dans le corps de l'arrêt. Soit elle les énonce telles quelles si l'on peut dire, soit comme dérivant d'un principe, soit encore, comme dérivant d'un principe fondamental. Elle se reconnaît ainsi et revendique, au moins dans ces hypothèses, le pouvoir de créer des règles juridiques obligatoires au vu desquelles elle va ensuite apprécier la solution à donner en droit à un litige, sachant que ce n'est pas propre à la Chambre sociale de la Cour de cassation. À titre d'exemples, on peut citer les cas où la Chambre sociale a énoncé :« Vu les règles régissant la

²²⁹ *Cass. soc., 29 mai 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 183.*

²³⁰ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501.

²³¹ *Cass. soc., 27 juin 2000 : Bull. civ. 2000, V, n° 246.*

dénonciation des usages et des engagements unilatéraux de l'employeur »²³² .« Vu la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur »²³³ .« Vu le principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant »²³⁴ Comme le soulignent MM. Pélissier, Supiot et Jeammaud, « lorsqu'un arrêt prononce une cassation au seul visa de telles normes, on se trouve bien près d'une cassation, par la Cour, pour violation de sa propre jurisprudence »²³⁵ ce qui montre une assimilation de la règle prétorienne à une règle légale.

§4°. Les directives données au juge

Il arrive que la formulation d'une règle de caractère prétorien par la chambre sociale s'accompagne d'une directive donnée au juge du fond pour son application (il appartient au juge..., il revient alors au juge..., l'office du juge est de...). Jean-Yves Frouin explique qu'il s'agit d'une manière tout à la fois d'attirer l'attention du juge sur l'existence et la portée de la règle ainsi énoncée en même temps que pour la Cour de cassation de revendiquer l'exercice de son pouvoir normatif en insistant sur les nécessités de la bonne application de la règle et de la compatibilité verticale des décisions du juge du fond à l'interprétation donnée²³⁶. Ainsi, la Chambre sociale a déjà énoncé que « l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige ; **le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit** »²³⁷ ; – « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives **dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence** »²³⁸.

Ce dernier élément tiré des directives données au juge, qui concerne la formulation du droit prétorien, participe déjà de sa connaissance et de sa compréhension par ses destinataires immédiats, les juges du fond.

D'autres instruments de la construction prétorienne du droit du travail procèdent d'un objectif d'explicitation et de justification.

5.2.2.1.1.2 B : la diffusion des arrêts

²³² Cass. soc., 7 juill. 1998 : Bull. civ. 1998, V, n° 364

²³³ Cass. soc., 9 janv. 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 1.

²³⁴ Cass. soc., 12 févr. 1997 : Bull. civ. 1997, V, n° 62.

²³⁵ PÉLISSIER J., SUPIOT, A., JEAMMAUD A., Droit du travail, 22^e édition, Précis, Dalloz, 2004, p. 97.

²³⁶ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501

²³⁷ Cass. soc., 29 juin 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 223.

²³⁸ Cass. soc., 20 févr. 2008 : Bull. civ. 2008, V, n° 39.

Une décision de justice ne contribue à la jurisprudence que si elle reçoit une suffisante publicité. La jurisprudence est en partie un phénomène d'information et de réception de l'information dans le milieu professionnel des juristes²³⁹. D'où l'importance des recueils et revues. Traditionnellement, c'est à la doctrine qu'il revient de présenter et commenter le droit positif, le droit formel et sa traduction jurisprudentielle, c'est-à-dire d'en donner connaissance, de l'explicitier, d'en opérer la systématisation. Cependant, compte tenu qu'une part importante du droit du travail est d'origine prétorienne, la Cour de cassation s'approprie ce rôle dans un souci de diffusion d'abord, mais ensuite d'explicitation et de justification. Ce travail d'explicitation et de justification fait partie intégrante de la construction prétorienne du droit dont il est une composante.

La diffusion et l'explicitation. La Chambre sociale module sa jurisprudence selon la diffusion qu'elle décide de donner à son arrêt. Le type de publication qui est décidé au terme du délibéré correspond à l'importance que la chambre accorde à la décision qu'elle vient d'arrêter²⁴⁰.

Plusieurs instruments officiels y concourent. D'abord, le mode de diffusion d'un arrêt, c'est-à-dire tout à la fois sa publication ou non, l'importance de sa publication, et l'indication de la formation qui l'a rendue, constituent le premier moyen pour la Cour de cassation de signaler un arrêt et la valeur qu'il importe d'attacher à la règle qu'il contient. En outre, depuis quelques années, la Cour de cassation publie sur son site Internet un commentaire de certaines de ses décisions dès leur publication pour en donner l'interprétation « autorisée » ; il peut arriver que la Cour de cassation assortisse la publication de ses décisions au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC) d'une note explicative qui en précise le sens à l'intention des juges du fond ; la publication du rapport du rapporteur et des conclusions de l'avocat général est de nature à permettre une meilleure compréhension de la solution adoptée en rappelant la question de droit posée, les solutions possibles, et l'argumentation qui a pu conduire à la solution retenue ; le rapport annuel de la Cour de cassation, dans sa partie jurisprudentielle, rappelle celles des décisions que la cour a estimé assez importantes pour devoir y figurer et en donne le sens et l'interprétation (officielle).

Frouin explique qu'aucun de ces procédés n'est propre à la chambre sociale mais, d'une part, celle-ci recourt plus fréquemment que les autres chambres de la Cour de cassation à la note explicative dans le BICC et, d'autre part, elles se cumulent le plus souvent pour rendre compte d'une

²³⁹ PÉLISSIER J., SUPLOT, A., JEAMMAUD A., op. cit, p. 92.

²⁴⁰ WEBER, J-F. Comprendre un arrêt de la Cour de Cassation en matière civile; Bull. Inf. Ccass 15/5/2009, n° 702

règle de création prétorienne dans un but d'information et d'explication²⁴¹. Ainsi, les décisions du 9 mai 2007 sur les conditions de la remise en cause d'une démission donnée sans réserve ont fait l'objet de la plus large publication (PBRI), d'un commentaire sur le site de la Cour de cassation, de la publication de deux rapports des rapporteurs et d'un commentaire au rapport annuel.

Le commentaire et la systématisation de la jurisprudence sociale par ses auteurs.

Même si le rôle de commenter et systématiser les décisions revient traditionnellement à la doctrine, la part essentielle prise dans la période récente par les magistrats de la chambre sociale dans le commentaire de la jurisprudence sociale constitue un signe manifeste de la construction prétorienne du droit du travail²⁴². Tant que le juge du droit s'en tenait à une fonction d'interprète de la loi, il n'a pas à rendre compte de ses décisions autrement que par les moyens traditionnels et officiels qui sont ceux de la Cour de cassation. Dès lors que le juge du droit exerce une fonction normative, se traduisant par l'élaboration autonome d'une partie du droit positif comme c'est le cas en droit du travail, il est logique qu'il assume et même revendique un travail d'explicitation et de justification du droit ainsi créé. Il est du reste de plus en plus souvent sollicité à cette fin par les éditeurs de revues spécialisées en droit du travail pour lesquels il n'est pas de meilleur interprète d'une décision normative que son propre auteur²⁴³.

Une motivation enrichie. Depuis 1^{er} octobre 2019, la Chambre sociale a introduit la motivation enrichie dans la rédaction de ses arrêts²⁴⁴ qui vaut pour les arrêts de principe, les revirements, les questions préjudicielles et plus généralement pour les décisions où il semble à la chambre nécessaire d'être plus explicite²⁴⁵. La motivation enrichie n'est pas exclusive de la Chambre sociale de la Cour de cassation, mais, selon Bruno Cathala, les décisions de cette chambre provoquent beaucoup d'émotion alors que les débats des juges composants de la chambre sont techniques, ce qui peut être lié à un déficit de compréhension²⁴⁶. Il explique qu'« il nous appartient de davantage expliciter nos décisions notamment parce que nos arrêts s'inscrivent dans un tissu normatif extrêmement complexe : de l'accord d'entreprise applicable jusqu'aux conventions de l'OIT en passant par les textes de droit interne sans compter les autres textes onusiens ou européens ».

De façon complémentaire au rôle normatif développé par la Chambre sociale, un dialogue

²⁴¹ FROUIN, J-Y, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Par exemple, P. Waquet, *Contrat de travail et statut collectif*, *op.cit.* ; J-Y Frouin, *L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail* : RJS 1996, p. 137.– P. Bailly, *Vertus et périls de l'unicité de l'instance prud'homale* : RJS 2005, p. 327.

²⁴⁴ Le premier arrêt de fond en motivation développée date du 19 décembre 2018 (Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 18-14.520), *sur l'égalité de traitement et les accords collectifs*.

²⁴⁵ CATHALA, B., *Nous devons inventer notre propre modèle de motivation*, Sem. soc. Lamy, n°1882, 2019

²⁴⁶ *Ibid.*

des juges au sein de la Cour de cassation concourt pour la création prétorienne en droit du travail.

5.2.2.1.2 II : Le dialogue entre les juges

Un contentieux partagé. Le contentieux du droit du travail se partage entre plusieurs juridictions. Par conséquent, la Chambre sociale de la Cour de cassation va devoir dialoguer avec d'autres juges chargés de connaître du droit du travail, pour construire les interprétations autorisées sur cette branche du droit.

Le rôle essentiel de la Cour de cassation étant l'unification de l'interprétation des règles de droit, l'existence des conflits internes à cette juridiction a entraîné la création de mécanismes capables de les résoudre. Les mécanismes de régulation comme les chambres mixtes ou l'assemblée plénière permettent de réguler la jurisprudence de la Cour de cassation et ainsi éviter les divergences de jurisprudence. Cependant, il ne peut être recouru à tout instant aux chambres mixtes. Or, les chambres gardent une certaine autonomie compte tenu de leur spécialisation, ce qui a justifié la mise en place de procédures internes pour limiter autant qu'il est possible les divergences de jurisprudence entre elles. Néanmoins, lorsque plusieurs chambres sont conduites à traiter de la même question, il est assez fréquent que le mécanisme de consultation officielle de l'autre chambre soit mis en œuvre conformément aux dispositions de l'article 1015-1 du code de procédure civile. Dans ce cas, l'indication de la consultation figure en tête de la réponse de la Cour et donne au lecteur la certitude de l'accord des chambres sur la doctrine ainsi exprimée, qui devient ainsi celle de la Cour tout entière²⁴⁷.

Un exemple emblématique de ce dialogue est ce qui se passe entre la Chambre sociale et la Chambre criminelle de la Cour de cassation. D'après PÉCAUT-RIVOLIER, les conflits qui ont opposé pendant de longues années la chambre criminelle et la chambre sociale « sont restés dans la légende », car l'autonomie du droit pénal « peut conduire à réprimer un comportement délictueux que ni le droit civil ni le droit commercial ne proscrivent »²⁴⁸. Toutefois, des avancées jurisprudentielles parmi les plus importantes proviennent de la Chambre criminelle, dont la volonté a été longtemps d'éviter que « ne puisse échapper aux sanctions celui qui a été assez habile pour s'assurer la protection de la loi civile ou commerciale »²⁴⁹. La création de l'unité économique et sociale, dans les années 1970, afin de mettre un terme aux manœuvres consistant à multiplier les structures pour éviter les seuils de mise en place des institutions représentatives du personnel, ou la caractérisation d'une responsabilité

²⁴⁷ WEBER, J-F. Comprendre un arrêt de la Cour de Cassation en matière civile; Bull. Inf. Ccass 15/5/2009, n° 702.

²⁴⁸ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Le paradoxe d'un contentieux éclaté*, Sem. soc. Lamy, n°1508, 2011

²⁴⁹ *Ibid.*

pénale du chef d'entreprise en matière d'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité²⁵⁰, sont des exemples de l'apport particulier de la jurisprudence pénale à l'évolution du droit du travail.

Un apport normatif. Des différentes voies d'unification ont été empruntés pour résoudre les oppositions entre la chambre sociale et la chambre criminelle et rend possible un « apport normatif » découlant de ces conflits²⁵¹. À plusieurs reprises la chambre sociale a infléchi sa jurisprudence dans le sens d'un rapprochement avec la chambre criminelle. Ce fut le cas en matière de réintégration des représentants du personnel illégalement licenciés avec l'arrêt REVET-SOL²⁵². De même, en matière de sanctions disciplinaires autres que le licenciement à l'égard de ces représentants, ce sont des arrêts de la chambre sociale²⁵³ qui ont permis l'unification de la jurisprudence de la Cour de cassation. À l'inverse la chambre criminelle s'est parfois ralliée aux positions de la chambre sociale, en admettant l'absence de protection du délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés, par exemple²⁵⁴. C'est un arrêt de l'assemblée plénière qui a, en principe, résolu l'opposition sur le point de départ de la protection légale des représentants du personnel²⁵⁵. En outre, la réunion d'une chambre mixte a permis l'unification, relativement à la recevabilité de l'action en résiliation judiciaire du contrat de ces représentants²⁵⁶. Ces arrêts ont mis fin à des oppositions de jurisprudence et ont contribué à l'évolution du droit du travail.

Ainsi, la Cour de cassation a une place privilégiée dans la construction de la norme sociale française, soit en raison des outils juridiques utilisés par la Chambre sociale, soit par le dialogue permanent entre les chambres qui fait évoluer la jurisprudence. Cependant, les mécanismes déjà analysés, utilisés par la Cour de cassation pour la construction de la norme sont associés à une influence externe qui accroît les pouvoirs normatifs du juge.

5.2.2.2 Paragraphe 2 : Une influence extérieure engageant l'exercice du rôle normatif

Selon l'article 55 de la Constitution de 1958, « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Les dispositions de toute convention

²⁵⁰ Cass. crim., 26 août 1859, S. 1859, T. 1, p. 973, cité par PÉCAUT-RIVOLIER, L., *op. cit.*

²⁵¹ SUPIOT, A., *Le juge et le droit du travail*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux 1, 1979. p. 640.

²⁵² Cass. Soc. 14 juin 1972, JCP 1972, II, 17275, Note G. LYON-CAEN, cité par SUPIOT, A., *op. cit.* p. 639.

²⁵³ Cass. Soc. 10 mars 1976, I. C.E. – Q.P 1976, p. 452, cité par SUPIOT, A., *op. cit.* p. 639.

²⁵⁴ Cass. Crim. 25 fév. 1976, D. 1976, J, 485, note MALAVAL, cité par SUPIOT, A., *op. cit.* p. 639.

²⁵⁵ Cass. Ass. Plén. 27 oct. 1972, D. 1973, J, 653, note H. SINAY, cité par SUPIOT, A., *op. cit.* p. 639.

²⁵⁶ Cass. Ch. Mixte, 21 juin 1974, D. 1974, J, 593, concl. A. TOUFFAIT, cité par SUPIOT, A., *op. cit.* p. 639.

internationale l'emportent donc sur la loi française en cas de conflit et sont directement applicables dans l'ordre interne quand elles sont suffisamment précises pour fournir une réponse à une question de droit.

Cette autorité de droit international est lourde de conséquences compte tenu du nombre et de l'importance des conventions liant la France. Les conventions visent l'harmonisation et la coordination des systèmes juridiques nationaux en matière de travail et de protection sociale. L'objectif est que le droit des États contractants assure des droits et des garanties ou imposent des obligations équivalentes, conçus généralement comme minimaux. Les ambitions sont encore plus grandes dans le processus d'intégration européen²⁵⁷. Le juge occupe une place particulière dans l'articulation des normes issus du droit national, international et européen car il applique, interprète et crée des normes substantielles pour permettre l'articulation de ces systèmes²⁵⁸. C'est en ce sens qu'il est pertinent d'analyser comment l'influence internationale (I) et européenne (II) permettent au juge de développer un rôle créateur en mesure de remettre en cause le droit national.

5.2.2.2.1 I : L'influence internationale

Une articulation. La ratification d'une convention internationale par un État lui impose de modifier ou d'enrichir autant que possible son droit afin qu'il assure au moins les droits et garanties que prévoit l'instrument. Si on écarte les normes européennes, l'articulation entre la norme nationale française et la norme internationale intéresse notamment les lois nationales d'une part, et les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail d'autre part.

Une émergence récente. La doctrine souligne l'irruption grandissante des conventions internationales du travail dans le contentieux social français²⁵⁹. Selon Antoine Jeammaud, « *Il n'est pas inutile de rappeler - et de signaler aux juristes plus jeunes - que, jusqu'aux années 80 du siècle passé, évoquer les conventions internationales du travail, ou plutôt leur utilité dans l'espace français où régnait un droit du travail réputé « avancé », étonnait. Comment imaginer que ces instruments de l'Organisation internationale du travail (OIT), fort utiles dans les zones du monde en voie de développement ou soumises à des régimes autoritaires ou bien livrées à un capitalisme peu « régulé », mais porteurs de standards de protection relativement modestes, puissent apporter quelque chose dans notre pays ? Sauf exception, bien sûr, comme celle de la convention n° 81 de 1947 sur l'Inspection du travail, dont les dispositions sur l'action et les moyens de ce corps étaient alors plus riches que celles du code du travail*

²⁵⁷ PÉLISSIER J., SUPIOT, A., JEAMMAUD A., Droit du travail, 22^e édition, Précis, Dalloz, 2004, p. 98.

²⁵⁸ CESARO, J.-F., *Articulation de la norme interne et européenne*, JCP S 2016, 1155.

²⁵⁹ MARTINON, A., *Les transformations de la norme internationale*, JCP S 2015, 1250

»²⁶⁰. Cette émergence est relativement récente malgré l'ancienneté des conventions et de leur ratification par la France, qui figure parmi les États liés par le plus grand nombre de conventions, ayant ratifié 128 Conventions, dont 79 sont en vigueur²⁶¹.

Les raisons. Les raisons de l'accroissement du recours au droit international du travail, dans les contentieux du travail, sont multiples. De manière générale, le droit du travail n'échappe pas à l'internationalisation du droit. Ainsi, la masse de ce droit est ainsi certainement plus importante que dans d'autres pays. La France se situe à la deuxième position, derrière l'Espagne, parmi les pays ayant le plus ratifié des conventions de l'OIT. De même, la France a ratifié la Charte sociale européenne dans sa totalité et elle a accepté le mécanisme de réclamations collectives, qui permet la saisine directe du Comité européen des droits sociaux par les organisations syndicales. Selon Sylvaine Laulom, la place accrue du droit international tient également au développement d'une jurisprudence étendue par les organes de contrôle de ces normes internationales, ce qui contribue au renouvellement de leur signification. Elle estime également que « La prolifération de réformes en droit du travail, réformes remis en cause des droits existants, a indéniablement contribué à cette mobilisation. Ces réformes ont ainsi mis à mal le mythe de la conformité, ou plutôt de la supériorité du droit français au regard des droits garantis par les normes internationales. Ces réformes n'étant plus, depuis quelques années, maintenant, négociées, les partenaires sociaux se sont également engouffrés dans cette voie de contestation »²⁶².

Le juge. Le juge judiciaire n'étant pas le juge de la constitutionnalité de la loi, c'est par le recours à la norme internationale qu'il peut être appelé à juger la conformité de la loi contestée à la norme internationale. Même si la proportion d'arrêts se fondant sur une source internationale demeure marginale au regard de la globalité du contentieux, leur faible nombre n'empêche pas leur caractère retentissant. En effet, le contrôle de conventionnalité porte en lui le spectre de la remise en cause de l'application de la loi, qui plus, est susceptible d'être décidée partout par un juge de droit commun. L'invocation d'une norme internationale peut être faite devant n'importe quel juge, judiciaire ou administratif. Le juge saisi peut y répondre directement sans avoir à saisir une autre institution

²⁶⁰ JEAMMAUD, A., Dossier Licenciement et Barème – Prévoir et sécuriser, « Propos conclusifs », *Dr. soc.* 2019, p. 329.

²⁶¹ Information disponible sur

https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102632

²⁶² LAULOM, S., *Le juge judiciaire*, in NIVARD, Carole (dir.), *Justice sociale et juges*, « Transition et justice », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 122.

juridictionnelle²⁶³. Selon Arnaud Martinon, « quelques normes internationales, issues notamment de l'OIT (dépassant parfois la sphère du droit du travail), ont envahi les visas des jugements et arrêts. Des juges français n'ont pas hésité à bousculer les certitudes de ceux qui pouvaient croire que le niveau social du droit français mettait ce dernier à l'abri de la norme internationale »²⁶⁴.

Une influence dépendante de la position de la jurisprudence. L'effectivité en justice des traités internationaux dépend toutefois d'une condition supplémentaire, celle de leur effet direct ou application directe. En vertu de la théorie de l'effet direct, seuls les traités internationaux créant des droits directement au profit des individus sont susceptibles d'être invoqués en justice par ces derniers. Cependant, le juge a le pouvoir d'interpréter sur l'existence d'effet direct des normes internationales. Ainsi, l'influence du texte internationale va dépendre de l'apport de la jurisprudence. S'agissant d'une condition prétorienne, l'appréciation de l'existence d'un tel effet relève essentiellement des juges internes eux-mêmes²⁶⁵. On vérifie qu'une ouverture relative de ces juridictions vis-à-vis de l'invocabilité des conventions OIT en comparaison avec celle d'autres traités de consécration de droits sociaux, y compris des travailleurs, tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou la Charte sociale européenne révisée²⁶⁶. Ainsi la convention OIT n° 156 fut-elle mobilisée pour empêcher la mise en œuvre d'une clause de mobilité²⁶⁷ ; la convention OIT n° 158 pour obliger l'employeur à indiquer le motif de licenciement dans la lettre de convocation à l'entretien préalable²⁶⁸ ; les conventions n° 98 et n° 135 (notamment) le furent pour anéantir la condition d'audience en vue de la désignation d'un délégué syndical²⁶⁹.

La remise en cause du droit national. Cependant, le phénomène ne se limite pas seulement au visa des jugements des arrêts, ayant l'effet limité aux parties. En outre, si les mesures réformant le droit social peuvent être contestées au nom du droit social international, il peut aussi arriver que les normes du droit social soient remises en cause au nom de d'autres normes internationales

²⁶³ GAURIAU, B, *L'articulation de la norme nationale française avec la norme internationale*, JCP S 2016, 1157.

²⁶⁴ MARTINON, A., *op. cit.*

²⁶⁵ NIVARD, C, L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises, *Rev. Dr. du Trav.* 2019, pp. 808

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *CA Versailles*, 5 sept. 2012, n° 11/00637 : *JurisData* n° 2012-020441

²⁶⁸ *CA Paris*, pôle 6, ch. 6, 7 mai 2014, n° 12/02642 : *JSL* 2014, n° 377-378, 20, note S. Ardiller et C. Iltis. – *Cons. prud'h. Évreux*, 26 mai 2015, RG 13/00379. – *V. cpt.*, *CA Versailles*, 18 sept. 2014 et *CA Paris*, 10 déc. 2014 : *Cah. soc.* 2015, n° 270, p. 10, note A. Martinon.

²⁶⁹ *TI Brest*, 27 oct. 2009, n° 11-09-000634 : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1421, p. 10, note J.-F. Akandji-Kombé. – *V. cpt.*, *Cass. soc.*, 10 avr. 2010, n° 09-60.426 et n° 09-60.429 : *JurisData* n° 2010-006197 ; *JCP S* 2010, 1259, note B. Gauriau

fondamentales. L'invocation des normes internationales peut être employée pour anéantir des nouvelles règles. L'arrêt détonateur à cet égard, demeure celui du 1^{er} juillet 2008²⁷⁰ par lequel la Cour de cassation a constaté la contrariété de l'acte législatif mettant en place les contrats « nouvelles embauches » (CNE)²⁷¹ à la Convention n° 158 sur le licenciement.

Créé par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, et prévu à l'article L. 1223-4 du code du travail, le CNE offrait à l'employeur la possibilité de mettre fin à la relation de travail par lettre recommandée sans n'être tenu de motiver et de procéder à un entretien préalable, et ce pendant une période de deux ans. L'ordonnance a été considéré comme non conforme à la Convention 158 de l'OIT dans une décision du conseil d'administration du Bureau International du Travail du 14 novembre 2007. L'article 9 de la loi du 25 juin 2008 a abrogé les dispositions relatives au CNE qui disparaissent alors de la scène juridique. Il ne peut plus être conclu par les employeurs, et ceux encore en cours le 26 juillet 2008 sont requalifiés en contrat à durée indéterminée. Toutefois, il restait en suspens la question du sort des contrats rompus sans motif par l'employeur, avant le 26 juillet 2008. Par l'arrêt du 1^{er} juillet 2008, la Cour de cassation a marqué la fin du CNE en écartant l'application des modalités spécifiques à la rupture de ce contrat, qu'elle a soumis aux règles de droit commun du licenciement. Dans un premier temps, la Chambre sociale a écarté l'application de l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 qu'elle juge contraire à la Convention n° 158 de l'OIT relative à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Ce faisant, elle confirme l'effet direct horizontal de la Convention n° 158 de l'OIT. Cette convention internationale peut donc être directement invoquée par les salariés à l'encontre de leur employeur, devant les juges nationaux qui sont alors tenus de vérifier la conformité des textes de droit interne à la convention.

L'exemplarité du contentieux sur le contrat nouvelle embauche a permis de contester, quelques années plus tard, le « Barème Macron ». Cette contestation, si n'a pas abouti à une déclaration de non-conformité pas les juges administratifs et judiciaires, a tout de même contribué à la connaissance du contenu de ce droit international et de ces multiples voies de recours²⁷².

Si l'usage par le juge du droit international est encore timide au regard de l'élaboration de la norme prétorienne et de la remise en cause de la loi nationale, l'utilisation du droit social européen se fait de manière marquée.

5.2.2.2.2 II : L'influence européenne

²⁷⁰ Cass. soc., 1er juill. 2008, n° 07-44.124 : *JurisData* n° 2008-044669 ; *Bull. civ.* 2008, V, n° 146

²⁷¹ Ord. n° 2005-893, 2 août 2005, relative au contrat de travail « nouvelles embauches »

²⁷² LAULOM, S., *Le juge judiciaire*, in NIVARD, Carole (dir.), *op. cit.*, p. 122.

Intégration. Si l'autorité de droit international est lourde de conséquences, le droit européen s'intègre encore plus fortement dans l'ordre juridique interne, à travers l'intervention du juge. Ainsi, d'autres institutions internationales remplissent traditionnellement des missions en matière sociale et ont contribué à la protection des droits sociaux fondamentaux, avant que les autorités communautaires et de l'Union n'en reçoivent à leur tour la charge.

Le Conseil de l'Europe. L'action du Conseil de l'Europe s'est orientée de façon plus marquante vers la défense et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Toutefois, cela ne l'empêche pas d'exercer également dans le domaine social. La Convention de Sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales contient des articles qui apportent des contributions en ce qui concerne l'interdiction du travail forcé (article 4), à la liberté syndicale (article 11), au respect de la vie privée (article 8) et le droit à un procès équitable (article 6). L'efficacité juridique de ces articles dépend principalement de la force normative qui leur est reconnue par les juridictions internes et internationales. La Cour européenne des droits de l'homme a l'ambition historique d'être une juridiction inspirée par une « vision holistique des droits »²⁷³. C'est ainsi que, très tôt, à l'occasion de l'arrêt *Airey c./ Irlande* (1979)²⁷⁴, la Cour affirmera son attachement aux principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'homme, en énonçant que « *nulle cloison étanche ne sépare (la sphère des droits de économiques et sociaux) du domaine de la Convention* », principes consacrés auparavant au niveau universel dans le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. La Cour s'attellera, pendant de longues années, à faire de ces principes son « cheval de bataille », consacrant une protection « par ricochet » de certains aspects de droits dits de deuxième génération²⁷⁵. Aux confins de la protection des droits de l'homme, elle a été primordiale en ce qui concerne la protection normative des droits sociaux fondamentaux, avec la Charte sociale européenne.

L'Union européenne. L'oeuvre normative de l'Union européenne va très au-delà de celle du Conseil de l'Europe. Participant à l'ordre juridique originale qui constitue l'Union européenne, elle va tirer de cette participation des traits spécifiques et une force singulièrement accentuée. Suivant les formules posées par la Cour de justice, « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les États ont limité... leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants »²⁷⁶; elle a institué « un ordre juridique

²⁷³ SINOÛ, D., Les organes du Conseil de l'Europe (Cour européenne des droits de l'homme et Comité européen des droits sociaux), in NIVARD, Carole (dir.), *op. cit.*, p. 153.

²⁷⁴ Cour EDH, n° 6289/73, *Airey c./ Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, §26.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ CJCE 5 février 1963, *Van Gend en Loos*.

propre intégré au système juridique des États membres... et qui s'impose à leurs juridictions »²⁷⁷. Le traité « ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle »²⁷⁸.

La protection des droits sociaux fondamentaux. Depuis son arrêt Internationale Handelsgesellschaft du 17 décembre 1970, la CJUE affirme que les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont elle a pour mission d'assurer le respect dans la cadre de la structure et des objectifs de la Communauté et maintenant de l'Union²⁷⁹. La CJUE s'est attachée à vérifier que l'action de la Communauté respecte les droits auxquels la valeur de droit fondamentale a été attribuée. L'obligation se prologue à côté des États membres. « Les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires »²⁸⁰. Cette donnée générale s'étend aux droits sociaux fondamentaux, qui ont été placés sous le signe d'une extériorité formelle aux traités communautaires et de l'Union européenne. Les traités n'ont ni intégré ni proclamé directement aucun catalogue des droits sociaux fondamentaux²⁸¹. Néanmoins ils se sont référés à divers instruments juridiques proclamant l'existence de principes ou des droits fondamentaux des travailleurs tout en les énumérant. Il peut s'agir simplement des références et de renvois, notamment dans les préambules des textes des droits communautaires ou de l'Union et peuvent s'y intégrer à ce deuxième titre. Des principes peuvent en outre s'induire de l'œuvre constructive réalisée par le droit dérivé et la Cour de justice et relever d'une reconnaissance tacite. Le traité constitutionnel n'ayant pu être adopté, l'extériorité des droits fondamentaux aux traités de l'Union demeure, mais dans le traité modificatif de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux fait l'objet d'une référence pour laquelle il lui est donnée expressément une valeur juridique égale à celle des traités, valeur qui s'attache par conséquent aux droits sociaux que la Charte consacre²⁸².

Migrations juridiques. L'Union européenne est dotée d'une Cour de Justice, dont la fonction interprétative, ajoutée à sa fonction sanctionnatrice, constitue un important facteur d'intégration. La Cour européenne des droits de l'homme a compétence pour contrôler le respect des normes de droits sociaux du Conseil de l'Europe qui ressortent aux droits de l'homme et libertés fondamentales. Ce sont des organisations distinctes et le Conseil de l'Europe n'entretient pas des liens

²⁷⁷ CJCE 15 juillet 1964, *Costa*.

²⁷⁸ CJCE 13 novembre 1963, *Commission c. Luxembourg*

²⁷⁹ Aff. 11/70, Rec. p. 1125.

²⁸⁰ Cf. CJUE, 24 mars 1994, *Bostock*, aff. C-2/92, Rec. I-955.

²⁸¹ RODIÈRE, P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 148.

²⁸² *Ibid*, p. 149.

institutionnels avec l'ordre juridique de l'Union. Cependant, il a pu avoir une influence en droit communautaire. Selon RODIÈRE, « On observe en effet des migrations institutionnelles ou normatives vers l'ordre juridique de l'Union »²⁸³. Ces migrations ont un caractère jurisprudentiel. La Cour de Justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne, ne se borne pas à dire que les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont elle a pour mission d'assurer le respect. Lorsque l'affaire dont elle est saisie concerne un droit que protège la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a pris pour usage non seulement de se référer à telle ou telle disposition de la Convention européenne, mais de renvoyer aux décisions même de la Cour européenne des droits de l'homme²⁸⁴. S'agissant plus directement des droits sociaux, en cas de communauté de droits, cette volonté d'harmonisation peut se prolonger vers la « jurisprudence » qui a pris naissance dans le cadre des contrôles para-juridictionnelles qui s'exercent, au Conseil de l'Europe, sur l'application des normes de la charte sociale européenne²⁸⁵.

La remise en cause du droit national par l'œuvre des juges européens et nationaux.

Les droits et principes fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe permettent d'asseoir une remise en cause du droit national dans le cadre du contrôle de conventionalité. Au centre de ce processus, les décisions des juges chargés du contrôle de conventionalité ont une place majeure. Ainsi, la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE par la Chambre sociale de la Cour de cassation est permanente et instantanée²⁸⁶. La Chambre sociale a retenu, par exemple, en intégrant la réponse de la CJUE à sa question préjudicielle posée dans une précédente affaire, que la législation française était en contrariété avec la législation européenne en matière de calcul du droit aux congés payés²⁸⁷. En effet, cette dernière avait dit pour droit que « l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé est subordonné à une période de travail effectif minimale de dix jours ou d'un mois pendant la période de référence »²⁸⁸, condition pourtant prévue par l'article L. 3141-3 du code du travail.

La chambre sociale a alerté le législateur dans son *Rapport annuel 2016*. En l'état du droit

²⁸³ *Ibid*, p. 9.

²⁸⁴ *Ibid*.

²⁸⁵ *Ibid*.

²⁸⁶ MARCHADIER, F., Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude 2018 de la Cour de cassation, p. 177.

²⁸⁷ Cass. Soc., 3 juillet 2012, pourvoi no 08-44.834, *Bull.* 2012, V, no 204

²⁸⁸ CJUE, 24 janvier 2012, Maribel Dominguez, C-282/10

applicable, elle a assimilé, afin d'assurer l'effectivité de la directive, l'absence pour cause d'accident de trajet à celle pour cause d'accident du travail, considérée comme période de travail effectif par l'article L. 3141-5 du même code. Puis dans un arrêt plus récent²⁸⁹, elle a considéré, ayant estimé que les constatations de la cour d'appel permettaient de retenir que l'employeur était un organisme chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public. Il dispose à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers et qu'il pouvait être opposé à ce dernier, les dispositions d'une directive susceptible d'avoir des effets directs en raison de ses dispositions inconditionnelles et suffisamment précises, reprenant les termes même de la Cour de justice dans l'affaire Foster e. a contre British Gas plc²⁹⁰.

Un autre exemple marquant l'influence du juge dans la construction de la norme sociale est le contentieux du forfait annuel en jours, née avec la loi Aubry du 19 janvier 2000. Dans ce cas, c'est la mobilisation des normes issues du Conseil de l'Europe qui a permis la construction jurisprudentielle. La conformité du dispositif français du forfait-jours à la Charte sociale européenne est régulièrement contestée par le Comité européen des droits sociaux (CEDS), qui a condamné la France dans une première décision de novembre 2001²⁹¹ à partir de laquelle les décisions vont s'enchaîner²⁹². Pour la CEDS, la Charte autorise des mesures de flexibilité dans l'organisation du temps, si trois conditions sont respectées : la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne doit pas être déraisonnable, des garanties suffisantes doivent être prévues ainsi que des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail. Pour le CEDS, le droit français ne respecte pas les deux premiers critères.

Le législateur ne tiendra pas compte de ces décisions et, au contraire, facilitera le recours aux forfaits annuelles en jours. La réponse va venir de la Cour de cassation dans un arrêt célèbre du 19 juin 2011²⁹³. Au visa de « l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles

²⁸⁹ Soc., 22 juin 2016, pourvoi no 15-20.111, *Bull.* 2016, V, no 138

²⁹⁰ CJCE, arrêt du 12 juillet 1990, Foster e. a contre British gas plc, C-188/89, points 18 à 20

²⁹¹ CEDS, 16 novembre 2001, CFE-CGC c/ France, récl. n° 9/2000.

²⁹² CEDS, 12 octobre 2004, CFE-CGC c/ France, récl. n° 16/2003 ; CEDS, 8 décembre 2004, CGT c/ France, récl. n° 22/2003 ; Résolutions du Comité de ministres du Conseil de l'Europe du 26 mars 2002 et du 4 mai 2005 ; CEDS 23 juin 2010, CGT c/ France, récl. n° 55/2009 et CFE-CGC c/ France, récl. n° 56/2009.

²⁹³ LAULOM, S., *Le juge judiciaire*, in NIVARD, Carole (dir.), *op. cit.*, p. 130.

17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie », la Cour de cassation énonce que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles, (...) ; qu'il résulte des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ». Il en résulte que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ». Sans invalider le forfait annuel en jours, la Cour fait évoluer la norme, en mettant en œuvre un contrôle des conventions collectives de branche qui mettent en œuvre ces forfaits en conformité avec l'analyse du CEDS²⁹⁴.

6 TITRE 2 : L'ENCADREMENT DU RÔLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE

« Il n'y a pas point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur »²⁹⁵.

La fonction essentielle du juge est de trancher les litiges qui lui sont soumis conformément aux règles en vigueur. Toutefois, en décidant dans des cas particuliers, il peut être amené à faire œuvre créatrice. Le pouvoir normatif du juge est indéniable. Toutefois, il s'agit d'un pouvoir encadré. Ainsi, il convient d'analyser les fondements de l'encadrement (Chapitre 1), avant d'analyser leur mise en œuvre (Chapitre 2).

6.1 Chapitre 1 : Les sources de l'encadrement du rôle du juge dans la construction de la norme sociale

Les sources de l'encadrement du rôle du juge trouvent des justifications communes aux deux pays étudiés, ainsi que des motifs spécifiques à chaque pays. Il faut vérifier le cadre général (Section 1), avant d'analyser les particularités nationales (Section 2).

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, GF-Flammarion, 1979, p 294.

6.1.1 Section 1 : Un cadre général

Lorsque l'on parle du pouvoir créateur du juge, on s'interroge sur son habilitation à être source de droit positif, au sens où il lui est reconnu le pouvoir restreint de création. De ce fait, il ne crée pas à partir du néant et par la suite il est limité par de nombreux principes. L'examen de la jurisprudence révèle certainement des manifestations de création de droit par le juge à travers l'interprétation que celui-ci fait de la loi, ce qui l'expose à certaines critiques. Il reste alors de préciser les inconvénients (paragraphe 1), tout en mentionnant les limites de ce pouvoir (Paragraphe 2).

6.1.1.1 Paragraphe 1 : Les critiques à l'exercice du rôle normatif du juge en droit social

Les critiques à l'exercice par le juge d'un rôle normatif reposent dans un premier temps sur les risques que cette activité engendre pour la légitimité démocratique (I). En ce qui concerne spécifiquement le droit du travail, les critiques sont fondées sur le déplacement de la fonction du droit du travail (II).

6.1.1.1.1 I : Les risques pour la légitimité démocratique

Un gouvernement du peuple. Dans les deux pays étudiés, le rôle du juge en tant que producteur de la norme sociale est présenté comme un facteur de risque pour la légitimité démocratique.

La démocratie est définie comme un « Régime politique dans lequel le pouvoir suprême est attribué au peuple, qui l'exerce lui-même, ou par l'intermédiaire des représentants qu'il élit »²⁹⁶. Le principe démocratique est présent dans les constitutions française et brésilienne. L'article 1^{er} de la Constitution française énonce que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale », tandis que l'article 2 dispose que « Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Au Brésil, l'article 1^o, paragraphe unique, de la Constitution Fédérale dispose que tout pouvoir émane du peuple, qui l'exerce par l'intermédiaire de représentants élus ou directement, aux termes de la présente Constitution²⁹⁷. La démocratie évoque un système dans lequel « le peuple est maître de ses propres affaires »²⁹⁸. C'est une forme de société et une forme de gouvernement²⁹⁹. L'acceptation de

²⁹⁶ CORNU G, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 13^e éd. 2020, p. 321.

²⁹⁷ Traduction libre de “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CF, art. 1^o, parágrafo único).

²⁹⁸ VEDEL G, Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale : Dr social 1947, fasc. XXXI, 45 et spéc 46, cité par DAUXERRE L., La démocratie sociale, in TEYSSIE B. (dir), *Notions et normes en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 261.

²⁹⁹ DAUXERRE L., La démocratie sociale, in TEYSSIE B. (dir), *Notions et normes en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 261

la démocratie politique se comprend à la lumière de l'identité du peuple, qui est le sujet du pouvoir constituant et se donne à lui-même sa constitution. Le peuple est le souverain, le centre et la source de tous les pouvoirs³⁰⁰.

Le jugement comme pouvoir politique. Dans une démocratie, il est essentiel que les décisions politiques les plus importantes soient prises par le peuple lui-même ou par ses élus et non par des sages ou des technocrates. Il est vrai que la plupart des théoriciens contemporains de la démocratie reconnaissent qu'elle ne s'arrête pas au respect du principe majoritaire, mais suppose plutôt le respect des règles du jeu démocratique, qui incluent la garantie des droits fondamentaux et une certaine protection pour les minorités. Cependant, il faut tenir en compte d'une question de dosage. La difficulté démocratique ne réside pas seulement dans le fait que la consécration des droits fondamentaux peut retirer au futur législateur la possibilité de prendre certaines décisions. Le cœur du débat réside dans la reconnaissance que, compte tenu de l'ouverture interprétative qui caractérise les principes et les droits fondamentaux, celui qui les interprète participe également au processus de sa création³⁰¹.

Les juges ne sont pas des fonctionnaires élus. Bien qu'ils ne soient pas issus de volonté du peuple, les juges jouent indéniablement un pouvoir politique, soit en raison de l'exercice de son rôle normatif, soit quand ils sont autorisés à invalider les actes du Législatif et de l'Exécutif. La possibilité pour un organe non électif comme une Cour suprême d'annuler une décision de l'Exécutif ou du Législatif, dont les membres ont été choisis par la volonté populaire, est identifiée comme la difficulté contre-majoritaire³⁰². Cette activité est ainsi qualifiée par référence au fait que les pouvoirs contrôlés (l'Exécutif et le Législatif) ont des représentants choisis par le peuple. La question se pose surtout dans le contrôle de constitutionnalité et de conventionalité, par lesquels les juges contrôlent la conformité des lois à la constitution et aux engagements internationaux. Ce contrôle est en mesure de mettre en cause une loi émise par les représentants élus du peuple³⁰³.

L'office du juge. « Servir la loi, tel est l'office du juge »³⁰⁴. Celui qui l'oublie « détruit immanquablement la confiance du législateur (qui lui a confié le soin de veiller au respect de la loi

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ SARMENTO, D.. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009, p. 95.

³⁰² BARROSO, L R, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p.23

³⁰³ DE ASSIS, Luis Fabiano, Ativismo judicial na Justiça do Trabalho, thèse de doctorat, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 59.

³⁰⁴ TEYSSIÉ, B. (dir.), *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Thèmes & commentaires*, Dalloz, 2008, p. 3.

adoptée) et celle du peuple (qui lui a reconnu la fonction de gardien de la norme et, la lui ayant reconnue, accepte le jugement rendu) »³⁰⁵. La doctrine française souligne les dangers qu'il emporte, à terme, la neutralisation de la loi « au nom d'une interprétation personnelle d'une norme internationale à laquelle il aura préalablement reconnu un effet direct (qui n'était pas nécessairement dans l'esprit de ceux qui la forgèrent) »³⁰⁶. Au Brésil, le danger est souligné spécialement en raison des pouvoirs accrus conférés aux juges par le biais du contrôle concentré mis en œuvre par le Tribunal suprême fédéral et du contrôle diffus de constitutionnalité. La doctrine au Brésil signale que le contrôle de constitutionnalité finit par donner aux juges une sorte de pouvoir constituant permanent, car il leur permet de façonner la Constitution en fonction de leurs préférences politiques, au détriment de celles du législateur élu³⁰⁷.

Outre les risques pour la démocratie que comporte l'action normative du juge, les justifications de son l'encadrement en droit du travail comportent des particularités. La manière dont les juges du travail interprètent la loi justifie leur encadrement. Cela se manifeste par le déplacement de la fonction du droit du travail.

6.1.1.1.2 II : le déplacement de la fonction du droit du travail

Une jurisprudence trop protectrice ? Des réformes récentes, en promouvant une flexibilisation de la loi provoquent le recul du juge en droit du travail au Brésil et en France. En France, la « Loi Travail » du 8 août 2016 et les Ordonnances Macron de 2017 donnent plus de flexibilité aux entreprises. Au Brésil, la loi n° 13.467 de 2017 a modifié plus de cent articles de la Consolidation des lois du travail dans le but de moderniser la loi du travail brésilienne. Une jurisprudence trop protectrice est indiquée comme l'une des raisons de la réforme de la loi du travail dans les deux pays. Au Brésil, le rapport sur le projet de cette réforme de 2017 (PLC n° 38), rappelle que c'est au Congrès national et, surtout aux partenaires sociaux dans le cadre de la négociation collective de créer des droits et des obligations, et non au pouvoir judiciaire. Le rapport indique que bon nombre des décisions qui innovent dans l'ordre juridique et qu'il qualifie de « nuisibles » sont fondées non pas sur la loi, mais sur des principes ou des théories³⁰⁸.

En France, Jean-Yves Frouin souligne que « élément est parfois avancé pour expliquer le

³⁰⁵ PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire sur le projet de Code vicil présenté le 1^{er} pluviôse An IX*, cité par TEYSSIÉ, B. (dir.), *op. cit.*, p. 3.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ SARMENTO, D.. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009, p. 95.

³⁰⁸ FERRAÇO, R. *Parecer ao PLC n° 38, de 2017*.

recul du juge en droit du travail : il s'exprime dans le reproche fait à la jurisprudence sociale de la Cour de cassation d'être excessivement normative ou créative et d'être instable, ce qui produit de l'imprévisibilité, de l'insécurité juridique et, par suite, une judiciarisation qui s'autoalimente »³⁰⁹. Il estime que « la jurisprudence prendrait parfois, dans l'application ou l'interprétation qu'elle fait de la règle de droit des positions un peu inattendues, audacieuses et (ou) radicales, c'est-à-dire qui ne découlent pas manifestement du droit positif, ou elle créerait *proprio motu* des principes ou notions nouvelles et partant inattendus, ce qui serait un facteur d'instabilité du droit applicable »³¹⁰.

D'un droit de protection à un droit de conciliation ? Le droit du travail est construit historiquement comme un droit protecteur. Cependant, il y a une intention de limiter cette protection à ce qu'est la juste rétribution du travail³¹¹ et favoriser les exigences du marché. « Dans une économie mondialisée, il lui appartient de concilier sa fonction ou finalité première qui est la protection du salarié avec les exigences de compétitivité de l'entreprise ou si l'on préfère avec l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise qui est de demeurer compétitive »³¹². En France, Jean-Yves Frouin explique que les pouvoirs publics privilégient désormais une approche issue de l'analyse économique du droit, qui fait valoir que trop de protection est un obstacle à l'emploi. L'analyse économique du droit a également fondé la réforme de Consolidation des lois du travail au Brésil de 2017, à travers des études menées entre 2016 et 2017, qui ont étudié l'impact des décisions de justice dans le domaine économique³¹³.

Dans ce contexte, le rôle du juge en droit du travail est encadré, pour qu'il ne puisse contrarier ou entraver l'esprit de la politique instauré par les pouvoirs publics par le biais des « jurisprudences intempestives »³¹⁴. À partir de cela, on met en place des mesures susceptibles de réduire sa marge d'appréciation.

6.1.1.2 Paragraphe 2 : Les instruments de l'encadrement du rôle normatif du juge

On aurait tort de croire que le juge s'est arrogé une prérogative de création normative de manière purement discrétionnaire et arbitraire. Il ne l'exerce que sous certaines conditions. Les règles jurisprudentielles naissent dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Par conséquent, elles sont liées

³⁰⁹ FROUIN, J-Y, *Le recul du juge en droit du travail*, *Rev. Dr. Trav.*, 2020, p.18

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Ibid.*

³¹² FROUIN, J-Y, *Le recul du juge en droit du travail*, *Rev. Dr. Trav.*, 2020, p.18.

³¹³ GANDRA DA SILVA MARTINS SILVA, I., *Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito*, *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, SP, v. 47, n. 215, jan./fev. 2021, p 21.

³¹⁴ FROUIN, J-Y, *Le recul du juge en droit du travail*, *Rev. Dr. Trav.*, 2020, p.18.

au procès, qui ne permet au juge qu'une création limitée (I). Le pouvoir créateur du juge est également limité au regard de la loi (II).

6.1.1.2.1 I : L'influence du procès sur l'élaboration des règles jurisprudentielles

La nécessité d'un procès. L'influence des règles jurisprudentielles reste soumise aux considérations propres de l'espèce jugée. La Cour de Cassation en France et les Tribunaux Supérieurs au Brésil n'échappent pas à ces préoccupations.

Une création lente. La règle jurisprudentielle est de création lente. Cette lenteur résulte de la nécessité d'un procès. Les tribunaux n'ont généralement pas la possibilité d'auto-saisine. Il peut s'écouler des années pour que la Cour de cassation soit saisie d'une question controversée. Il faudra encore plus de temps pour que se fixe sa jurisprudence, surtout si l'intervention des cours d'appel exige l'intervention de l'Assemblée Plénière³¹⁵. Puis, la Cour de cassation évite de façon générale d'énoncer d'un coup une règle de principe, avant d'avoir pu mesurer la valeur de la solution qu'elle a retenu au regard de la diversité des espèces et de la réaction de la doctrine et des intéressés³¹⁶. Au Brésil, les hypothèses nécessaires à remplir pour que le procès soit analysé par les Tribunaux supérieurs empêchent de nombreuses affaires d'être analysées par celles-ci. Au Tribunal Supérieur du Travail, l'appel en révision est admis seulement lorsque la procédure offre une « transcendance » par rapport aux réflexes généraux de nature économique, politique, sociale ou juridique³¹⁷. Le critère de transcendance présuppose la démonstration, dans un appel en révision, de l'importance fondamentale de la cause, c'est-à-dire, de signaler au TST les raisons pour lesquelles ce processus mérite d'être analysé et jugé, car il est pertinent non seulement pour les parties impliquées, mais aussi pour la collectivité.

Il faut tenir compte que certaines relations juridiques ne donnent lieu à un procès que de façon exceptionnelle. Les plus pauvres sont écartés par le coût et les plus puissants peuvent préférer recourir à des arrangements qui écartent l'intrusion des pouvoirs publics dans leurs affaires. En outre, des situations telles que la conciliation au cours de la procédure peut empêcher le prononcé d'une décision définitive. Cette vue incomplète de la réalité peut éventuellement agir sur la règle jurisprudentielle elle-même³¹⁸.

Conditions d'intervention. Il faut également tenir compte des règles propres à l'intervention des tribunaux. En France, la Cour de cassation peut se prononcer que dans les limites des moyens des parties. Il ne lui appartient pas, à propos d'un litige, de trancher un point de droit qui ne lui

³¹⁵ GHESTIN J, GOUBEAUX G, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed, 1994, p. 473.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ CLT, art. 896-A.

³¹⁸ GHESTIN J, GOUBEAUX G, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, 4^e ed, 1994, p. 473.

est pas soumis. Puis, ne seront examinés que les chefs du dispositif de la décision attaquée expressément critiqués par le pourvoi. Les chefs de dispositif non visés par les moyens ne seront pas atteints par une éventuelle cassation, sauf s'ils sont la suite logique et nécessaire d'un chef de dispositif cassé³¹⁹. Au Brésil, l'article 896 de la Consolidation des Lois du Travail exige pour le dépôt d'un appel en révision au Tribunal Supérieur du Travail, une divergence de jurisprudence entre les différents tribunaux régionaux du travail, ou une décision en affront direct et littéral à la loi fédérale ou à la Constitution fédérale³²⁰. Le §1° de l'article 896 impose également le respect de la condition de « prequestionamento », c'est-à-dire, que la décision attaquée ait adopté une thèse explicite sur l'objet du recours, sauf si la violation de loi est à l'origine dans la décision objet de l'appel. En outre, l'analyse du TST n'est pas libre, mais se limite au contrôle, à l'application et à l'interprétation de la législation du travail et des normes constitutionnelles. Ainsi que le procès, la loi limite le pouvoir créateur du juge.

6.1.1.2.2 II- La loi comme limite du rôle normatif du juge

Un droit secondaire. Le juge peut fabriquer du droit, mais c'est en principe un « droit secondaire », subordonné au droit confectionné par le législateur³²¹. Même si l'interprétation de la loi peut être créatrice, cette création reste cependant, par rapport à celle que réalise la loi, dans une situation d'infériorité.

Des moyens limités. La jurisprudence ne dispose que des moyens limités pour atteindre ses fins. Le législateur, lorsqu'il vise un résultat déterminé, peut mettre en œuvre tous les moyens nécessaires. La jurisprudence en est incapable. Elle est incapable de créer un formalisme contractuel ou procédural ou de forger des règles à caractère quantitatif, telles qu'un délai.

En France, comme l'expliquent **GHESTIN** et **GOUBEAUX**,³²² après les arrêts Perrier qui écartaient la résolution judiciaire du contrat de travail des représentants du personnel, le Procureur général a formulé les vœux pour que le législateur mette en place, le plus rapidement possible, un contrôle juridictionnel des décisions des inspecteurs du travail appelés à autoriser le licenciement de ces représentants. Jusqu'ici la Cour de cassation pouvait seulement choisir entre un contrôle judiciaire indirecte, qu'elle a fini par juger inopportun, et l'absence de tout contrôle juridictionnel, faute de pouvoir elle-même instituer celui-ci.

Les textes comme limite. Liée à l'interprétation de la loi, la création jurisprudentielle est

³¹⁹ WEBER, J-F. Comprendre un arrêt de la Cour de Cassation en matière civile; Bull. Inf. Ccass 15/5/2009, n° 702

³²⁰ CLT, art. 896.

³²¹ LACABARATS, A., *La création de la norme sociale par le juge*, JCP S, 2015, p.1286

³²² LACABARATS, A., *La création de la norme sociale par le juge*, JCP S, 2015, p.1286

entravée par les textes qui lui servent de support. La norme élaborée par les Tribunaux entretient le plus souvent un lien, ne serait-ce que formel, avec la loi. Le texte choisi par le juge pour servir de support à sa création impose les exigences logiques et grammaticales, qui se trouvent incluses en lui, au moment de développer la règle jurisprudentielle créée³²³ même s'il s'agit d'imprimer à des textes un sens et/ou un effet normatif dont ils n'étaient pas initialement pourvus pour répondre à un besoin né de leurs insuffisances ou pour les adapter aux évolutions économiques, sociales ou techniques³²⁴.

Un exemple de création jurisprudentiel à partir des textes est la garantie temporaire d'emploi reconnu par le Tribunal Supérieur du Travail du Brésil aux salariées enceintes dans le cadre des contrats à durée déterminée. L'article 10 de l'acte des dispositions constitutionnelles transitoires de la Constitution brésilienne interdit à l'employeur de licencier une salariée enceinte de façon arbitraire ou sans motif valable, dès la confirmation de grossesse, jusqu'à cinq mois après l'accouchement. Jusqu'en septembre 2019, l'interprétation du TST était que la salariée enceinte ne disposait pas de cette garantie d'emploi dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, y compris d'un contrat d'expérience³²⁵, car les parties savaient en avance la date de résiliation du contrat. En septembre 2019, le TST a inclus le point III à la Súmula 244, pour définir que la salariée enceinte a droit à la garantie provisoire prévue à l'art. 10, point II, point «b», de la loi sur les dispositions constitutionnelles transitoires, même en cas d'admission en vertu d'un contrat à durée déterminée, y compris le contrat d'expérience. Comme l'expliquent MIESSA et CORREIA, le revirement de jurisprudence du TST est dû à l'augmentation de la portée d'un article de la Loi n° 9.601/98, applicable à un type spécifique de contrat à durée déterminée nommé « contrat provisoire », qui prévoyait la garantie de l'emploi de la salariée qui tombait enceinte pendant la durée du contrat. Désormais, le TST appliquera la même règle pour tous les types de contrats à durée déterminée³²⁶.

6.1.2 Section 2 : Des cadres nationaux

Chaque pays, pour ses particularités, a développé des mouvements réactifs à la production de la norme sociale par le juge, en raison des risques pour la légitimité démocratique et à la volonté politique de réduire une jurisprudence excessivement normative et protectrice. Certains critiques sont justifiés différemment en raison des particularités juridiques de chaque pays. C'est pourquoi il convient

³²³ *Ibid.*

³²⁴ MARCHADIER, F., « Le rôle normatif de la Cour de cassation », 2018, p. 53.

³²⁵ Au Brésil, le contrat d'expérience est prévu dans le cadre de l'article 443, §2°, « c », de la Consolidation des Lois du Travail. Il s'agit d'une modalité du contrat à durée déterminée, dont le but est de vérifier si le salarié est en mesure d'exercer la fonction pour laquelle il a été embauché.

³²⁶ MIESSA, É., CORREIA, H., *Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto*, 8^a ed. JusPodivm, 2018, p. 856.

d'analyser les fondements particuliers d'encadrement du rôle du juge au Brésil (Paragraphe 1), avant de se consacrer aux particularités de la France (Paragraphe 2).

6.1.2.1 Paragraphe 1 : Particularités du Brésil

Contexte. Au Brésil, le discrédit du pouvoir législatif et le large espace accordé au contrôle de la constitutionnalité des lois ont contribué de façon particulière à la montée en puissance du rôle du juge. La Constitution permet un large espace d'intervention en combinant la formule du contrôle incident et diffus et le contrôle par l'action directe. Toutefois, en même temps que ce système a favorisé la mise en œuvre du projet constitutionnel, il favorise un déplacement du centre des décisions vers le pouvoir judiciaire, ce qui est en mesure de conduire au vidage des institutions politiques, raison pour laquelle le juge doit reconnaître les limites de sa capacité institutionnelle (I). En outre, la mise en place d'un contrôle mixte de constitutionnalité est en mesure d'entraîner des affrontements entre les tribunaux (II).

6.1.2.1.1 II : Les limites de la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire

Une primauté qui ne doit pas toujours être exercée. Si la juridisation se manifeste également en France³²⁷, le rôle accru de la Constitution et des tribunaux supérieurs au Brésil contribue à un déplacement du centre de décisions de façon plus accentué. Le Brésil s'organise dans un modèle de séparation des pouvoirs. D'après la Constitution brésilienne, les pouvoirs Exécutif, Législatif et Judiciaire sont « indépendants et harmonieux les uns avec les autres »³²⁸. Les fonctions de l'État de légiférer (créer un droit positif), administrer (appliquer la loi et fournir des services publics) et juger (appliquer la loi en cas de conflit) sont confiées à des organes distincts, spécialisés et indépendants. Néanmoins, le législatif, l'exécutif et le judiciaire exercent un contrôle réciproque sur les activités de chacun. Ce contrôle réciproque évite l'émergence d'instances hégémoniques susceptibles de présenter des risques pour la démocratie et les droits fondamentaux. Constitutionnaliser une question signifie la soustraire à décision des majorités. Par conséquent, si tout est constitutionnalisé, alors le peuple, par l'intermédiaire de ses représentants, ne pourra plus rien décider, sauf en modifiant la Constitution. Ainsi, la constitutionnalisation du droit en excès peut être antidémocratique³²⁹. Il est à noter que les trois Pouvoirs interprètent la Constitution et que leur performance doit respecter les valeurs et promouvoir les buts qui y sont prévus. Dans le cadre institutionnel en vigueur au Brésil, en cas de divergence dans

³²⁷ Voir titre 1.

³²⁸ Traduction libre de l'article 2° de la Constitution Fédéral de 1988.

³²⁹ SARMENTO, D., Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda . In: SARMENTO, D. (dir.) Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional . Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2006, p. 177.

l'interprétation des normes constitutionnelles ou juridiques, le dernier mot revient au Pouvoir Judiciaire. L'article 102 de la Constitution Fédérale du Brésil rappelle la primauté du Tribunal suprême fédéral en ce qui concerne le respect de la Constitution³³⁰. Cette primauté ne signifie pas, cependant, que toutes les questions doivent être tranchées par un Tribunal. La doctrine constitutionnelle a développé l'idée que par l'analyse des « capacités institutionnelles » de chaque Pouvoir, il est possible d'éviter des « effets systémiques » indésirables³³¹.

La capacité institutionnelle. La capacité institutionnelle implique de déterminer quelle Pouvoir est le plus habilité de prendre la meilleure décision dans un domaine donné. Dans des thèmes impliquant des aspects techniques ou scientifiques très complexes, les membres du Pouvoir judiciaire conserveront leur compétence pour la décision finale. Cependant, dans ces situations, ils doivent normalement honorer les manifestations du Législatif et de l'Exécutif, laissant place à des jugements discrétionnaires dotées de caractère raisonnable. Par conséquent, une posture de « self restraint » du pouvoir judiciaire est préconisée³³². C'est un principe d'interprétation constitutionnelle qui s'applique surtout entre le législateur et le juge constitutionnel. Ainsi, il appartient au juge qui contrôle la constitutionnalité des lois de contrôler seulement le respect de la Constitution, ce contrôle ne pouvant limiter la liberté du législateur de se conformer au-delà des limites imposées par le texte constitutionnel³³³.

Les effets systémiques. En outre, le risque d'« effets systémiques » imprévisibles et indésirables peut, dans certains cas, recommander une position de prudence et de déférence de la part du pouvoir judiciaire. Le juge, par vocation et formation, sera normalement prêt à rendre justice au cas spécifique, la « micro-justice ». Toutefois, il n'a pas toujours les informations, le temps et même les connaissances pour évaluer l'impact de certaines décisions, rendues dans des cas individuels, sur la réalité d'un segment économique ou sur la prestation d'un service public. Il n'est pas non plus soumis à la responsabilité politique pour des choix maladroits. La doctrine constitutionnelle au Brésil reconnaît, ainsi, que le pouvoir judiciaire peut presque toujours interférer, mais ne doit pas toujours le faire³³⁴.

³³⁰ CF, art. 102 : « Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição »

³³¹ BARROSO, L R, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p.23.

³³² WOLFANG SARLET I, GUILHERME MARINONI L, MITIDIERO D, *Curso de direito constitucional*, 5° ed, Saraiva, 2016.

³³³ Ibid.

³³⁴ BARROSO, L R, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p.23

De même que la mise en œuvre du projet constitutionnel peut donner lieu à des divergences entre les trois pouvoirs reconnus par la Constitution brésilienne, elle peut engendrer un affrontement entre les tribunaux chargés de son interprétation.

6.1.2.1.2 II : L'affrontement entre les tribunaux

Une articulation difficile. La création d'une Cour Suprême est en mesure de créer une difficulté d'articulation entre la juridiction constitutionnelle mis en place par la Cour constitutionnelle et celle développée par les autres tribunaux et juges. Cette difficulté est accrue dans des systèmes où deux juridictions sont chargées d'interpréter la Constitution. Au Brésil, le Tribunal suprême fédéral a un rôle de primauté en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle, car il contrôle la constitutionnalité des lois de manière concentré, alors qu'il est également le dernier degré de juridiction, chargé de réviser les décisions des tribunaux en matière de l'interprétation de la Constitution.

Ainsi, le Tribunal suprême fédérale est l'interprète privilégié de la Constitution, mais il ne monopolise pas cette fonction. Le contrôle diffus de constitutionnalité montre que l'interprétation de la Constitution est inhérente à l'activité du juge au Brésil, mais le Tribunal suprême fédéral a le dernier mot à ce sujet. Cependant, la juridiction constitutionnelle est exercée de façon différente par le Tribunal suprême fédéral ou par les autres juges.

Les vocations. Le Tribunal suprême fédéral a la vocation d'exercer un contrôle de constitutionnalité avec primauté, tandis que les autres juges ont pour vocation de résoudre des affaires à partir de situations concrètes, en appliquant la constitution et la loi. La doctrine brésilienne souligne qu'en raison de cette particularité, il existe un risque que les juges choisissent les lois à appliquer selon leurs convictions personnelles, en refusant d'appliquer la loi par le biais de l'application d'un principe de la constitution³³⁵.

En plus, la sélection des juges qui composent les Cours Suprêmes et les juges ordinaires joue dans l'établissement du profil des magistrats de chaque cour. La Cour suprême fédérale brésilienne se compose de onze ministres nommées par le Président de la République et approuvés par le Senat Fédéral³³⁶. Ainsi, ils ont une légitimité politique issue d'une représentation démocratique, même si cela

³³⁵ LIMA QUINTAS, F., *O mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal*. Linha pesquisa acadêmica, São Paulo: Saraiva, 2016.

³³⁶ CF, art. 101.

est indirecte. Les autres juges sont ordinairement des magistrats de carrière, approuvés par concours publics et leur légitimité découle de leurs connaissances techniques³³⁷.

Le juriste brésilien Fabio Lima Quintas estime que l'exercice de la juridiction constitutionnelle entraîne de ses titulaires une importante compréhension politique-institutionnelle. Cette compréhension nécessaire découle de la complexité des faits politiques qui sont soumis à leur analyse. Selon lui, le magistrat de carrière, approuvé pas des concours publics, est préparé à appliquer la loi, et non à l'écarter.

Ainsi, les tensions entre le Tribunal suprême fédéral et les autres tribunaux, y compris le Tribunal Supérieur du Travail sont latentes³³⁸. Le ministre du Tribunal Supérieur du Travail Yves Gandra da Silva Martins Filho estime qu'il existe une directive interprétative du droit du Travail qui entraîne une réaction par le Tribunal suprême fédéral³³⁹. C'est pourquoi la doctrine estime qu'il faut distinguer la juridiction constitutionnelle pratiquée par le STF de celle pratiquée par les autres tribunaux et juges brésiliens. La juridiction constitutionnelle du STF impose des limites aux autres tribunaux et aux juges en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution.

6.1.2.2 Paragraphe 2 : Particularités de la France

Une méfiance historique. L'histoire de la justice en France a toujours été celle d'un « pouvoir mal-aimé »³⁴⁰. Cette méfiance envers les juges trouve son origine dans les affrontements récurrents entre les Parlements de l'Ancien régime et le Roi. L'argument de la puissance des Parlements a rencontré un argument théorique pour justifier l'encadrement accentué du rôle normatif du juge français. La place de la loi en tant que garant de la volonté du peuple est encore plus prononcée en France qu'au Brésil, où l'acceptation des principes et de la force normative de la Constitution trouvent une place majeure. La France est souvent considérée comme l'État de la loi par excellence, il est même parfois question du « culte français de la loi »³⁴¹. Ainsi, l'encadrement de la construction prétorienne en droit

³³⁷ CF, art. 37, II.

³³⁸ Sur les tensions entre le TST et le STF : DE LACERDA CARELLI, Rodrigo, O Supremo Tribunal Federal e o julgamento de Páris: o embate entre a constituição, o direito do trabalho e a ideologia em relação à prevalência do negociado sobre o legislado, *Rev. TST, Brasília, vol. 82, no 4, out/dez 2016*.

³³⁹ GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives, *Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito*, Revista de direito do trabalho e seguridade social, São Paulo, SP, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021.

³⁴⁰ HOURQUEBIE, F., Le pouvoir juridictionnel en France, LGDJ-Lextenso éd., 2010, p.11.

³⁴¹ JABLONER C, *Le droit juridictionnel dans la comparaison constitutionnelle*, Cités 2017/1 (n° 69), p. 73

social trouve un fondement dans une construction théorique forte basée sur une conception particulière de la séparation des pouvoirs (I), qui justifie la prohibition des arrêts de règlement (II).

6.1.2.2.1 I : La conception française de séparation de pouvoirs

D'un trio à un duo. « La justice française souffre du syndrome de l'oubli. Oubli de la part des constituants français qui pendant plus de deux cents ans ont réduit l'équation à trois inconnues de Montesquieu à une simple opération à deux variables ; la trilogie des pouvoirs est rapidement devenue un duo (ou duel) entre les pouvoirs »³⁴². Le pouvoir juridictionnel, puissance nulle chez Montesquieu, a contentement été relégué à la périphérie du système politique et juridictionnel en France alors qu'il était au centre de la construction de l'équilibre des pouvoirs dans le constitutionnalisme américain, par exemple.

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Cet article fait penser que la Révolution française avait introduit la séparation des pouvoirs dans le droit public français. Cependant, le mot consacré par l'article 16 n'a pas été intégré au droit positif³⁴³. La théorie de Montesquieu a été réduite et se résume au fait que le législatif et l'exécutif sont deux puissances égales, deux « vrais » pouvoirs, qui se font équilibre et qui non seulement peuvent, mais doivent pouvoir s' « arrêter » réciproquement. Les idées révolutionnaires sur la séparation des pouvoirs ne sont pas celles de Montesquieu, mais celles de Rousseau.

L'égalité. Selon Rousseau, le but essentiel est premier de l'organisation du pouvoir, ce n'est pas la liberté comme le voulait Montesquieu, c'est l'égalité. Il explique dans son essai *Du contrat social* (1762), que la base du système social doit être « qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental (fasse) que (...) les hommes (...) deviennent tous égaux par convention et de droit »³⁴⁴. Pour réaliser cette égalité, chacun doit pouvoir participer à la formation de la volonté générale qui devient la source unique de la loi et du droit dans la communauté politique. Ainsi, « Le pouvoir législatif ne peut ainsi être que la volonté souveraine du peuple, et le peuple perdrait sa souveraineté si ce pouvoir pouvait être aliéné, délégué ou divisé. Toute tentative de créer des règles de droit à partir d'une autre source que la volonté générale serait une usurpation de la souveraineté du peuple et ne serait pas du droit »³⁴⁵. Chez Rousseau, seule la volonté générale à laquelle chacun concourt peut-être la source du droit.

³⁴² HOURQUEBIE, F., *op. cit.*, p.9.

³⁴³ ZOLLER E, MASTOR W, *Droit constitutionnel*, PUF, 3^e ed. 2021, p. 341.

³⁴⁴ Rousseau J-J, *Le contrat social*, Livre I, chap. 9, Paris, Gallimard, « La Pléiade », p. 367, cité par ZOLLER E, MASTOR W, *op. cit.*, p. 342.

³⁴⁵ ZOLLER E, MASTOR W, *op. cit.*, p. 342.

« **La loi peut tout faire, la loi ne peut mal faire** ». La conception rousseauiste de la loi comme expression de la volonté générale induit à son infaillibilité et à son incontestabilité. Ce dogme de l'absolutisme législatif commande la soumission et la limitation des pouvoirs qui sont chargés de mettre en œuvre la loi. Elle contrôle « toute forme de contrôle sur la norme, dessinant l'ombre de la subordination du juge. L'éviction du juge repose enfin, sur une représentation déformée par les révolutionnaires de la division des pouvoirs de Montesquieu »³⁴⁶. Cet apport théorique fonde aujourd'hui l'encadrement du rôle du juge par le biais de la prohibition des arrêts de règlement.

6.1.2.2 II : La prohibition des arrêts de règlement

Le refus. En France, toute force obligatoire est refusée au précédent judiciaire, même lorsqu'il émane d'une Cour souveraine, tel que la Cour de cassation. Il s'agit d'une concrétisation nationale du principe de la séparation des pouvoirs et de l'autorité de la chose jugée.

Du principe de la séparation des pouvoirs est déduite la règle de l'article 5 du Code civil selon laquelle « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Historiquement il s'agissait d'interdire les arrêts de règlement³⁴⁷.

Dans l'ancien droit, des Parlements énonçaient parfois, par une disposition de caractère général, comment ils jugeraient à l'avenir certains cas. Bien que rendus à l'occasion d'un procès, ces arrêts de règlement présentaient les caractères de la loi au sens matériel, car ils étaient dotés de généralité, publicité et force obligatoire³⁴⁸. Comme l'observait Portalis, « Les tribunaux ne rempliraient pas le but de leur établissement si, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, ils refusaient de juger. Mais... le juge deviendrait législateur s'il pouvait par des règlements statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal. Un jugement ne lie que les parties entre lesquelles il intervient. Un règlement lierait tous les justiciables et le tribunal lui-même »³⁴⁹.

Le rapport nécessaire avec les faits. Eva Steiner explique que l'interdiction visée à l'art. 5 se situe dans l'empêchement des juges à agir comme les législateurs, en créant pour l'avenir, des règles qui ne sont pas liées aux faits d'un procès. Ainsi, tant que la motivation de la décision judiciaire révèle

³⁴⁶ HOURQUEBIE, F., *op. cit.*, p.12.

³⁴⁷ GHESTIN J, GOUBEUX G, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale, LGDJ, 4^e ed, 1994, p. 445.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Cité par GHESTIN J, GOUBEUX G, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL.op. cit, p. 445.*

la corrélation entre le principe établi par le tribunal et la solution apportée dans le cadre des faits essentiels (faits matériels) de l'affaire en cause, on ne peut pas dire que l'art. 5 du Code civil n'ait pas été respecté³⁵⁰.

L'effet relatif de la chose jugée, énoncé dans l'article 1355 du Code civil, est considéré comme corolaire du principe posé dans l'article 5. L'art. 1355 du Code civil est appliqué conjointement avec l'art. 5 comme signifiant que les tribunaux ne peuvent pas décider, à l'avance, des procès ultérieures impliquant différentes parties. Les articles 5 et 1355 du Code civil sont, l'expression écrite de l'absence de doctrine des précédents contraignants en droit français³⁵¹. Ainsi, l'interdiction d'arrêts de règlement en France impose des limites à la production normative du juge.

6.2 Chapitre 2 : La réalisation de l'encadrement du rôle du juge dans la construction de la norme sociale

Le rôle de créer la norme n'est pas exercé de façon naturelle par le juge. Malgré l'entendue des pouvoirs que le juge est en mesure d'exercer pour la promotion des normes juridiques en droit du travail, il doit agir dans un cadre déterminé par les principes constitutionnels et par l'organisation des pouvoirs publics. Il convient d'explicitier les instruments qui limitent l'œuvre normative du juge au Brésil (Section 1), avant de se consacrer aux particularités de la France (Section 2).

6.2.1 Section 1 : Au Brésil

Même si au Brésil le juge dispose de moyens pour concrétiser le projet constitutionnel et d'une importante marge de liberté dans la suppression de lacunes³⁵², son rôle normatif n'est pas développé de façon libre. Ainsi, la création jurisprudentielle peut être encadrée soit par le législateur (Paragraphe 1), soit par les propres juges (Paragraphe 2).

6.2.1.1 Paragraphe 1 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le législateur

Les créations jurisprudentielles restent dans la dépendance du législateur qui peut toujours

³⁵⁰ STEINER, Eva, Teoria e prática dos precedentes judiciais na França, in ZUCATTI PRITSCH Cesar, ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA, Fernanda, DA COSTA HIGA, Flávio, MARANHÃO, Ney, Precedentes no Processo do Trabalho, RT, 2020.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Voit titre 1.

modifier la loi qui leur sert de support, dans le respect de la Constitution. Au Brésil, la jurisprudence influence le législateur de diverses manières. Parfois le législateur consacre l'influence du juge (I), et d'autres fois, il intervient pour remettre en cause l'impact de la jurisprudence (II).

6.2.1.1.1 I : La consécration de l'influence du juge

La Consolidation des lois du travail étant promulgué en 1943, la jurisprudence brésilienne a été responsable de l'actualisation de la loi aux nouveaux visages des rapports de travail. La concrétisation des droits fondamentaux des travailleurs a également été source de construction prétorienne, qui a parfois inspiré le législateur. Le législateur au Brésil a le pouvoir de valider l'interprétation abouti par les juges lors de l'analyse des affaires soumis à leur analyse et également la place occupée par la jurisprudence en tant que source de droit.

La validation de l'interprétation du juge. L'interprétation du juge fait parfois évoluer le droit et est accueillie par le législateur. Ainsi, la Súmula 90 du Tribunal Supérieur du Travail, qui a fixé des conditions au paiement du temps de déplacement entre la résidence du salarié et le lieu de travail, a été validé par le législateur, qui a transposé les critères de la jurisprudence dans le §2 de l'article 58 de la Consolidation des lois du travail en 2001, jusqu'à son abrogation par le biais de la loi 13.467/2017. De même, la loi 13.429/2017 a inséré l'article 5-A, § 5° à la loi **6.019 de 1974 en déterminant, dans le régime de sous-traitance, que** l'entreprise cliente est subsidiairement responsable des obligations découlant des contrats de travail des salariés liées à l'entreprise sous-traitante, pendant la période où ils bénéficient du travail. La responsabilité subsidiaire dans ce cas est issue de la jurisprudence du Tribunal Supérieur du Travail, notamment la Súmula 331.

La validation du rôle normatif du juge. Le législateur peut également valider le rôle normatif du juge en lui-même. Ainsi, le Code de la procédure civile de 2015 a renforcé l'autorité de la jurisprudence, en encourageant la compatibilité verticale des décisions³⁵³. L'édiction du Code de la procédure civile est même conçue par la doctrine brésilienne comme un jalon qui rapproche le système juridique brésilien, conçu comme un système de *civil law*, au système de *common law*. De même, le législateur a validé la concession des effets concrets des décisions dans le cadre du « mandado de injunção », par le biais de l'article 9° de la Loi Lei 13.300/2016, qui rend possible que le Pouvoir

³⁵³ Voir titre 1.

judiciaire rend des décisions ayant un caractère général et prospectif, affectant des tiers qui ne sont pas directement impliqués dans la procédure.

Malgré les concessions du législateur au juge en tant qu'auteur de la norme social, il conserve le pouvoir de refuser l'impact de la jurisprudence, ce qu'il a fait de façon accrue les dernières années en droit du travail.

6.2.1.1.2 II : Le refus de l'influence du juge

La tendance. Le refus de l'influence du juge par le législateur peut s'exprimer par la contradiction des interprétations jurisprudentielles et par la réduction de l'influence du juge. Les réformes récentes de la loi du travail au Brésil témoignent de cette tendance. En effet, la réforme initiée par la loi 13.467/2017 est l'exemple le plus emblématique d'encadrement du rôle du juge du travail dès la création de la Justice du Travail. La réforme a été présentée par le législateur comme un instrument pour combattre le « populisme judiciaire »³⁵⁴.

La contradiction des innovations jurisprudentielles. L'encadrement du rôle du juge par le législateur peut avoir lieu d'abord par la contradiction des innovations jurisprudentielles. Ainsi, la loi 13.467/2017 a abrogé le régime juridique de l'article 58, §2° de la CLT, qui avait validé la jurisprudence du TST concernant la mise en œuvre des conditions au paiement du temps de déplacement entre la résidence du salarié et le lieu de travail. La loi 13.467/2017 a contredit la jurisprudence également dans le domaine des rapports collectives de travail. Elle a modifié la rédaction de l'article 614, §3.° de la CLT, pour déterminer que les normes collectives de travail ne peuvent pas s'appliquer après son délai d'expiration, afin de confronter la jurisprudence du TST exprimée dans la Súmula 277. De même, l'article 477-A a été inséré dans la CLT, pour déterminer que le licenciement collectif ne nécessite pas de négociation préalable avec le syndicat des salariés, contrairement à ce que la jurisprudence majoritaire des tribunaux du travail imposait. Le législateur a également inséré dans l'article 611-A de la CLT la possibilité de réduire l'intervalle minimum de repos par le biais de la négociation collective, ce qui est contraire aux énoncés de la Súmula 437, II du TST.

La réduction de l'influence du juge. Outre les contradictions à la jurisprudence majoritaire, le législateur peut adopter des mesures pour réduire l'influence du juge. Ainsi, lors de

³⁵⁴ L'expression a été utilisée par le Sénateur Ricardo Ferraço dans son rapport préliminaire dans le cadre du projet de réforme de la loi du travail, qui a abouti dans l'édiction de la loi 13.467/2017. Le rapport peut être consulté sur <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5333909&ts=1534273719499&disposition=inline&ts=1534273719499>.

l'amendement constitutionnel 45 du 2005, le législateur constituant a réduit la fréquence et la viabilité de l'influence du juge dans le cadre des « dissídios coletivos », en fixant comme condition à la saisine du juge un « commun accord » entre les parties³⁵⁵. Ce changement a favorisé la construction de la norme par les partenaires sociaux indépendamment de l'intervention du juge. Le souci de réduire le contrôle du juge en ce qui concerne la construction normative des partenaires sociaux a été repris par la loi 13.467/2017. Ainsi, la loi de 2017 a introduit le §3° à l'article 8° de la CLT, pour déterminer que dans l'examen de la négociation collective, le Tribunal du travail analysera exclusivement la conformité des éléments essentiels du contrat, et guidera son interprétation par le principe d'intervention minimale dans l'autonomie de la volonté collective.

Une interprétation encadrée. Si la réforme du Code de la procédure civile de 2015 a induit à la montée en puissance de l'autorité de la jurisprudence, la loi 13.467/2017 a encadré le rôle du juge en droit du travail en ce qui concerne le contenu des Súmulas. Ainsi, lorsque dans le droit commun, le législateur a la tendance à valoriser le rôle de la jurisprudence en tant que source de droit, en ce qui concerne le droit du travail, le législateur met en œuvre des outils juridiques en mesure de limiter son influence en droit du travail.

Dans le rapport préliminaire à la loi 13.467/2017, le sénateur Ricardo Ferraço affirme que les modifications apportées par la loi 13.467/2017 ont pour but de combattre l'activisme judiciaire (« ativismo judicial »), responsable de « l'intervention excessive du juge au sein de la justice du travail ». Ainsi, la loi a inséré §2° à l'article 8° de la CLT, pour déterminer que les Súmulas et d'autres énoncés émis par le Tribunal Supérieur du travail et les tribunaux régionaux du travail ne peuvent restreindre les droits légalement prévus ou créer des obligations qui ne sont pas prévues par la loi. En outre, le législateur de 2007 a encadré l'interprétation du juge sur la détermination d'indemnités par préjudices extrapatrimoniaux. Ainsi, l'article 223-G, §1° détermine désormais des limites qui ne peuvent être dépassées par le juge lors de la détermination des indemnités pour dommages extrapatrimoniaux.

Le législateur a également prévu des mesures qui entendent limiter, voire empêcher, le recours au juge. Ainsi, en contradiction à la Súmula 114 du TST, le législateur de 2017 insère l'article 11-A à la CLT, pour prévoir que la prescription intercurrente (applicable au cours de la procédure judiciaire) s'applique devant les Tribunaux du travail. De même, l'article 507-B de la CLT, inséré par la réforme de 2017, a pour but de limiter le recours au juge. Il énonce que les salariés et employeurs peuvent signer un terme d'acquiescement annuel des obligations découlant du contrat de travail, devant le syndicat des salariés de la catégorie. Le terme discrimine les obligations remplies mensuellement, ayant pour effet libératoire des prestations qui y sont spécifiées.

³⁵⁵ Voir titre 1.

Ainsi, le rôle normatif du juge peut être encadré par le législateur de manière non négligeable, soit par le biais de la limitation de l'espace de liberté herméneutique, soit par la limitation du recours à la justice. De plus, la construction jurisprudentielle au Brésil est encadrée par les impératifs découlant de la Constitution fédérale et des engagements internationaux qui lient le Brésil. La portée conférée à ces textes est en mesure d'encadrer le rôle du juge. Cependant, le respect de ces dispositions est contrôlé par le juge lui-même.

6.2.1.2 Paragraphe 2 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le juge

Le rôle normatif du juge ne se développe pas de façon libre. Il doit respecter, en plus de la loi, les normes qui se trouvent au sommet de la hiérarchie du système juridique et qui en garantissent la cohérence. Ainsi, le juge doit respecter les engagements internationaux qui lient le Brésil et à la Constitution fédérale. La portée conférée à ces textes est en mesure de révéler³⁵⁶ ou encadrer le rôle normatif du juge. C'est pourquoi il convient d'analyser comment le rôle du juge brésilien est encadré par le biais de la portée reconnue au contrôle de conventionalité (I) et par la suprématie de la Constitution (II).

6.2.1.2.1 I : Le contrôle de conventionalité

Constat. La législation du travail ne peut être appréhendée en dehors du contexte de l'insertion du Brésil dans le cadre international, ainsi que de toutes les règles juridiques en vigueur dans le système juridique international. En droit du travail, les conventions de l'OIT occupent une place centrale, vu que le Brésil est membre de l'OIT depuis 28.06.2019, ayant ratifié 98 conventions, dont 69 sont en vigueur³⁵⁷. Depuis la Constitution de 1988, l'interaction et la conjugaison du droit international et du droit interne se sont intensifiées, renforçant la protection systématique des droits fondamentaux³⁵⁸. Ainsi, l'article 5°, §2° de la Constitution fédérale stipule que « les droits et garanties exprimés dans la présente Constitution n'excluent pas les autres découlant du régime et des principes adoptés par elle, ou des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil fait partie ».

Portée. Les droits et principes fondamentaux consacrés par les engagements internationaux

³⁵⁶ Voir titre 1.

³⁵⁷ Informations disponibles sur

https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102571

³⁵⁸ CORRÊA DE BRITO, T., Direitos sociais fundamentais na perspectiva internacional: contribuições para uma aplicação (criativa) da teoria do controle jurisdicional de convencionalidade e de legalidade das leis trabalhistas, Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., edição especial, nov. 2017, p. 203.

sont en mesure de remettre en cause la législation nationale par le biais de l'interprétation du juge. Dans le but d'adapter les droits du travail au Brésil aux normes internationales issues de l'OIT, il arrive que le juge en droit du travail essaie d'en donner une portée maximale. Prenons l'exemple de l'article 11, « b » de la Convention 155 de l'OIT, qui énonce que tous les risques à la santé des salariés, découlant d'une exposition simultanée, doivent être considérées. Le dispositif a été invoqué pour écarter l'application de l'article 193, §2° de la CLT³⁵⁹. Il y a également des décisions du Tribunal supérieur du travail qui privilégient l'application de l'article 4.1 de la Convention 132 de l'OIT, qui n'établit pas de conditions pour que le salarié bénéficie de congés proportionnés, pour écarter l'application de l'article 146 de la CLT, qui exclut le droit au paiement d'une indemnité proportionnelle aux congés dont le salarié n'a pas bénéficié dans le cas d'un licenciement pour faute du salarié³⁶⁰.

Cependant, l'influence des normes internationales dépend principalement de la portée qui est conférée à ces engagements par le biais de l'interprétation de de l'article 5°, §2° de la Constitution fédérale. Le responsable de l'interprétation de cette disposition constitutionnelle est, finalement, le juge du Tribunal suprême fédéral. Une partie de la doctrine constitutionnelle défend que les accords de droits humains ratifiés par le Brésil, y compris les conventions de l'OIT, doivent être considérés comme des normes constitutionnelles, dans leur sens matériel, même si elles sont formellement situées en dehors du texte constitutionnel³⁶¹. Cette doctrine défend l'intégration des conventions de l'OIT au bloc de constitutionnalité, pour permettre l'invalidation des lois infra constitutionnelles contraires à leurs dispositions³⁶². Toutefois, le juge constitutionnel brésilien a refusé l'application de cette doctrine, qui serait en mesure de rendre possible le contrôle concentré de la loi brésilienne face aux engagements internationaux. Le TSF reconnaît le niveau supra légal aux traités des droits humains sans leur attribuer un niveau constitutionnel. Cela a été décidé par le TSF spécifiquement en ce qui concerne la Convention 162 de l'OIT, laquelle a été réputé avoir un caractère supra légal et infra constitutionnel dans la hiérarchie de normes. Ainsi, le juge constitutionnel encadre son propre contrôle sur la validité des normes nationales à l'égard des engagements internationaux liant le Brésil et limite le pouvoir d'influence du Pouvoir judiciaire au sujet de la définition de la norme sociale applicable.

³⁵⁹ TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7a Turma, Ministro Relator Cláudio BRANDÃO, Publicado em 13/10/2014

³⁶⁰ TST; ARR 0000423-11.2010.5.09.0041; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 26/8/2016.

³⁶¹ MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; CANOTILHO, J. J. G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. Comentários à constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁶² PAMPLONA FILHO, R., LINS ROCHA, M., *O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano Fundamental ao Trabalho: a sua aplicação no âmbito da Reforma Trabalhista*, Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Out. 2018, nº 10

6.2.1.2.2 II : La suprématie de la Constitution

Constat. Si l'interprétation de la Constitution fédérale est un instrument important de révélation du rôle normatif du juge, elle est également un outil de son encadrement. Lors de l'application du droit du travail, le juge doit respecter la Constitution, mais ne doit pas outrepasser la norme constitutionnelle pour rendre sa décision. L'invocation des principes consacrés par la Constitution ne peut pas être un outil d'adaptation de la loi aux convictions personnelles du juge. La constitutionnalisation du droit peut provoquer une certaine « anarchie méthodologique »³⁶³. Ce n'est pas une conséquence nécessaire du phénomène, mais il s'est produit au Brésil³⁶⁴. La base de la Constitution est composée de normes vagues et abstraites. L'irradiation de ces normes lors de l'interprétation de la loi, peut compromettre des valeurs importantes à l'État de droit démocratique, si le juge n'adopte pas des critères rationnels d'interprétation. C'est pourquoi il faut que l'application de la Constitution par le juge, notamment en contrôle diffus, soit encadrée.

Moyens. C'est au Tribunal suprême fédéral de réaliser le contrôle de l'application juste de la constitution par le juge du travail, y compris par le Tribunal Supérieur du travail. On rappelle que l'article 102 de la Constitution fédérale énonce que le Tribunal fédéral suprême est l'organe supérieur de l'ordre juridictionnel brésilien et il lui appartient d'assurer la sauvegarde de la Constitution. Parmi ses principales attributions, celles relatives au contrôle de conformité des lois ou actes normatifs à la Constitution, singularisent son rôle en tant que Cour constitutionnelle. Il peut également être saisi par des recours extraordinaires à l'égard des décisions des tribunaux qui portent sur des questions de droit commun ou de droit spécialisé ou encore sur toutes les questions qui portent sur des matières constitutionnelles.

Le TSF rend des décisions qui sont obligatoires à l'égard des juges chargés du contrôle diffus de constitutionnalité. Ainsi, les décisions rendues par le TSF dans le cadre du contrôle concentré de la constitutionnalité (par exemple action directe d'inconstitutionnalité - ADI³⁶⁵) seront contraignantes vis-à-vis des organes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique (art. 102, CF / 88). Les décisions en recours extraordinaire, remplissant la condition de « répercussion générale »³⁶⁶ rendues par

³⁶³ SARMENTO, D., Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda . In: SARMENTO, D. (dir.) Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional . Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2006, p. 177.

³⁶⁴ Le constat est du professeur Daniel Sarmiento, *op. cit.*

³⁶⁵ Action qui a pour finalité la déclaration d'une loi, comme étant intégralement ou partiellement contraire à la Constitution (CF, article 102, I, a).

³⁶⁶ La répercussion générale est une condition de recevabilité du recours extraordinaire devant le TSF. L'utilisation de ce filtre d'appel entraîne une diminution du nombre d'affaires déférées à la Cour suprême brésilienne. Pour caractériser la « répercussion générale », il faut l'existence de questions pertinentes d'un point de vue économique, politique, social ou juridique, qui dépassera les intérêts subjectifs des parties (CF, art. 103, §2 °).

le TSF seront opposables à l'égard des organes du pouvoir judiciaire (art. 927, CPC). De même, les « súmulas vinculantes », approuvées par le tribunal, après des décisions répétées sur des questions constitutionnelles, sont contraignantes et seront opposables à tous vis-à-vis des organes du pouvoir judiciaire (CF, art. 103-A).

Illustrations. Les divergences entre le TSF et le TST quant à l'interprétation de la Constitution ne sont pas négligeables. Ainsi, le TSF utilise les outils mis à sa disposition pour encadrer le rôle du juge du travail. Cet encadrement peut entraîner une interprétation distincte de la norme constitutionnelle ou limiter l'activité normative du juge elle-même. Ainsi, le TSF a récemment établi, en appliquant le principe constitutionnel de légalité³⁶⁷ dans une décision en « répercussion générale » que l'externalisation ou toute autre forme de division du travail entre différentes entités juridiques est licite³⁶⁸. Cette décision se heurte à la jurisprudence unifiée par la Súmula 331 du TST, qui établit la légalité de l'externalisation des seules activités intermédiaires des sociétés emprunteuses de services, empêchant l'externalisation des services dans des activités principales.

Les « sumulas vinculantes » du TSF peuvent également être utilisées comme une forme d'encadrement du rôle normatif du juge. Un exemple est la Súmula Vinculante 04 du STF, qui empêche le juge de déterminer la base de calcul du complément de rémunération dû aux travailleurs qui exercent des activités insalubres. Cette Súmula vinculante du TSF est une réaction à la Súmula 228 du TST, qui déterminait que la prestation serait calculée sur le salaire de base. Le fondement de la « súmula vinculante » 04 est l'interdiction imposée au pouvoir judiciaire d'agir en tant que législateur positif.

La garantie de l'autorité des décisions du TSF. L'article 102, I, "I" de la Constitution fédérale prévoit le recours de « reclamação » devant le TSF, pour préserver sa compétence et la « garantie de l'autorité de ses décisions ». Le recours est réglé par le Code de la procédure civile qui fixe que le TSF peut révoquer la décision exorbitante de son autorité ou déterminer une mesure appropriée pour résoudre le litige³⁶⁹.

6.2.2 Section 2 : En France

En France ainsi qu'au Brésil, le rôle normatif du juge n'est pas exercé de façon libre. Il peut être encadré soit par le législateur (Paragraphe 1), soit par les propres juges (Paragraphe 2).

³⁶⁷ CF, art. 5°, II.

³⁶⁸ Tema 725 de Repercussão Geral no RE 958.252 (Rel. Min. Luiz Fux); ADPF 324 (Rel. Min. Roberto Barroso)

³⁶⁹ CPC, art 992.

6.2.2.1 Paragraphe 1 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le législateur

Les créations jurisprudentielles restent sous la dépendance du législateur qui peut toujours modifier la loi qui lui sert de support. En France, la jurisprudence influence le législateur de diverses manières. Parfois les décisions sont légalisées (I), mais quelquefois le législateur intervient pour remettre en cause l'influence normative du juge (II).

6.2.2.1.1 I - La consécration de l'influence du juge

Influence. Dans un nombre significatif de situations, la jurisprudence est à l'origine de la règle de droit. Si l'exemple le plus impressionnant demeure celui de la construction jurisprudentielle de la responsabilité civile du fait des choses, le droit du travail constitue l'un des domaines privilégiés de l'initiative jurisprudentielle, qui a permis, sur de nombreuses questions affectant les relations des employeurs et des salariés, la solution de litiges ne relevant d'aucune disposition légale particulière³⁷⁰.

La reprise d'une règle prétorienne par le législateur. Il y a bien des règles d'abord édictées par la Chambre sociale de la Cour de cassation, avant d'être reprises par le législateur. Par exemple, après que la Cour de cassation a jugé que les règles du licenciement n'étaient pas applicables à la rupture d'un contrat de travail pendant sa période d'essai³⁷¹, le législateur a entériné cette solution en 1991, laquelle figure désormais à l'article L. 1231-1 du Code du travail. De même, c'est la Cour de cassation qui a déterminé le contenu et les contours de l'obligation de reclassement en matière de licenciement économique³⁷², obligation aujourd'hui prévue dans les conditions fixées par l'article L. 1233-4 du Code du travail. De même encore, la sanction de la nullité du licenciement, retenue par la jurisprudence comme conséquence de la nullité pour insuffisance du plan social³⁷³, a été intégrée au Code du travail³⁷⁴.

Évolution d'une règle prétorienne par le législateur. Il arrive que le législateur fasse évoluer une construction jurisprudentielle, sans contredire la règle prétorienne établie par la jurisprudence. Lacabarats explique qu'alors que le régime du droit de grève a été très largement construit par la jurisprudence, le législateur s'est montré plus innovant sur la question de la sanction

³⁷⁰ LACABARATS, A., *La jurisprudence en droit social, Sem. soc. Lamy*, n° 1619, fév. 2014

³⁷¹ Cass. soc., 2 juin 1981, n° 79-40.346, Bull. civ. V, n° 482.

³⁷² v. par ex., Cass. soc., 1^{er} avr 1992, n° 89-43.494, Bull. civ. V, n° 228 ; 8 avr. 1992, n° 89-41.548, Bull. civ.

V, n° 258 ; 25 juin 1992, n° 90-41.244, Bull. civ. V, n° 420 ; 7 juill. 1998, n° 96-41.565, Bull. civ. V, n° 370.

³⁷³ Cass. soc., 13 févr. 1997, n° 96-41.874 et 96-41.875, Bull. civ. V, n° 64

³⁷⁴ C. trav., art. L. 1235-11.

du licenciement du salarié fondé sur sa participation à une grève licite : la Cour de cassation considérait que la seule sanction possible était l'octroi de dommages-intérêts, le licenciement étant traité comme étant seulement abusif (Cass. soc., 31 mars 1982, n^{os} 81-40.309 et 81-11.107, Bull. civ. V, n^o 246). Le législateur est intervenu en 1985 et la sanction de la nullité « de plein droit » du licenciement d'un gréviste, en l'absence de faute lourde de sa part, est actuellement expressément édictée par l'article L. 2511-1 du Code du travail³⁷⁵.

Le législateur conserve cependant toujours le pouvoir de refuser l'influence du juge, de contredire la jurisprudence et d'adopter les dispositions qu'il estime indispensables à la réalisation des objectifs qu'il poursuit.

6.2.2.1.2 II : Le refus de l'influence du juge

Réaction. Le principe constitutionnel de la séparation de pouvoirs permet par principe au législateur de définir les normes qu'il estime en adéquation avec les objectifs qu'il poursuit. En cas de construction prétorienne, il peut régir à l'influence du juge par le biais de la contradiction de la jurisprudence ou par la limitation de sa portée. Ainsi, le législateur peut éditer une loi contrairement à une interprétation du juge ou mettre en place des instruments qui entraînent le recul du juge et limitent l'impact de la jurisprudence.

La réaction législative face à la jurisprudence. Le législateur peut éditer une loi qui contrarie le droit issu de l'interprétation du juge. LACABARATS explique que le régime de la modification du contrat de travail, soumise par la jurisprudence à l'accord du salarié, constitue un domaine privilégié de cette interaction entre la loi et la jurisprudence. Par exemple, après que la Cour de cassation a jugé que l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié (Cass. soc., 28 sept. 2010, n^o 08-43.161, Bull. civ. V, n^o 197), la loi dite Warsmann du 22 mars 2012 est venue contrer cette jurisprudence par une disposition insérée à l'article L. 3122-6 du Code du travail qui dispose que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ». De même, la loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 tend, sur de nombreux points, notamment avec les accords de

³⁷⁵ LACABARATS, A., *La jurisprudence en droit social, Sem. soc. Lamy, n^o 1619, fév. 2014*

maintien dans l'emploi prévoyant des accords de réduction du temps de travail et de la rémunération des salariés, à modifier l'état du droit jurisprudentiel³⁷⁶.

Le recul du juge. Il y a parfois une volonté d'empêcher l'accès au juge et donc de l'empêcher d'avoir une influence sur le droit du travail. Ce mouvement est constaté dans les évolutions législatives récentes en France depuis une dizaine d'années et est attestée par une multiplicité des manifestations³⁷⁷. Les ordonnances Macron de 2017 tendant à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail indiquent clairement la volonté de réduire le rôle et donc l'influence du juge sur le droit du travail.

D'après Jean-Yves Frouin, on peut regrouper ces manifestations en quatre catégories. D'abord, celles qui ont pour objet d'empêcher le conflit du travail ou son émergence en mettant en place un mode de régulation qui l'évite, et qui évite par là même le contentieux. On peut citer à ce titre la rupture conventionnelle (instituée par une loi de 2008), mode de rupture à l'amiable du contrat de travail à la disposition des parties et surtout *à la main* des parties, dont elles se sont emparées pour mettre un terme à leur relation contractuelle. Ensuite, le législateur peut mettre en place des mesures qui n'évitent pas le conflit mais recherchent d'autres voies que la voie contentieuse pour le régler. Ainsi, en contradiction avec une jurisprudence de la Cour de cassation qui disait inopposables au salarié des clauses contractuelles ou conventionnelles de conciliation obligatoire avant tout recours contentieux, le renvoi fait par le décret d'application de la loi du 6 août 2015 (décr. n° 2016-660, 20 mai 2016) à l'ensemble des dispositions du livre V du Code de procédure civile et cette loi elle-même font que les clauses contractuelles ou conventionnelles de médiation ou de conciliation sont possibles et licites, de même que l'est également une convention de procédure participative.

Le législateur a également prévu des mesures qui entendent limiter, voire empêcher, le recours au juge. On peut citer à ce titre les réformes successives de la prescription et, d'une manière générale, l'abréviation des délais de toute nature des recours contentieux en matière prud'homale et en droit du travail³⁷⁸. Enfin, les mesures, une fois le contentieux né car on ne peut pas toujours l'éviter, tendent à circonscrire l'office du juge en droit du travail. Ces mesures peuvent limiter la marge

³⁷⁶ LACABARATS, A., *La jurisprudence en droit social, Sem. soc. Lamy*, n° 1619, fév. 2014

³⁷⁷ FROUIN, J-Y, *Le recul du juge en droit du travail, Rev. Dr. Trav.*, 2020, p.18

³⁷⁸ Par exemple, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ne limite à douze mois le délai d'action en contestation de la rupture du contrat de travail (C. trav., art. L. 1471-1). En outre, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 limite à deux mois le délai dans lequel toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit être engagée, à peine d'irrecevabilité (C. trav., art. L. 2262-14).

d'appréciation du juge, comme la barémisation des indemnités de rupture en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse par l'article L. 1235-3 du Code du travail.

Cependant, la prééminence du législateur se trouve elle-même contrainte par l'effet des normes fondamentales qu'il ne peut pas méconnaître. Ces normes s'imposent de plein droit au législateur et également au juge. Cependant, leur suprématie implique parfois l'interférence du juge, européen ou national, ce qui, selon LACABARATS, constitue « une forme paradoxale d'inversion de la hiérarchie des institutions habilitées à créer le droit »³⁷⁹.

6.2.2.2 Paragraphe 2 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le juge

Sur le plan national français l'œuvre normative en droit du travail est issue principalement de la Chambre sociale de la Cour de Cassation³⁸⁰. Cette œuvre normative découle de mécanismes internes à la Cour et d'une influence internationale et européenne grandissante, ainsi que d'une tradition constitutionnelle naissante, ce qui permet la reconnaissance des principes juridiques par le juge, ainsi que la protection des droits fondamentaux. Les textes internationaux, européens et constitutionnels, pour porter des concepts flous, entraînent une plus grande liberté du juge pour leur mise en œuvre. Cependant, l'invocation de ces textes est un instrument de révélation du rôle normatif du juge, mais également une manière d'encadrer son interprétation, par le biais du contrôle de conventionalité et du contrôle de constitutionnalité. En conséquence, l'encadrement du rôle normatif du juge national peut être mis en œuvre par le biais de l'action du juge européen et constitutionnel. Même si en France cet encadrement est plus présent en ce qui concerne le contrôle de conventionalité (I), il peut être un produit du contrôle de constitutionnalité dans des situations plus limitées (II).

6.2.2.2.1 I : Le contrôle de conventionalité

Les contraintes supranationales. L'encadrement du rôle du juge national en ce qui concerne la production de la norme sociale peut d'abord être mis en œuvre par le juge européen, par le biais du contrôle de conventionalité. Les contraintes supranationales sont susceptibles de multiples déclinaisons, particulièrement à l'égard du Conseil de l'Europe et de l'union européenne. Les normes que ces deux organisations internationales possèdent, jouissent d'une primauté. L'uniformité de leur interprétation et de leur application est garantie par une juridiction dont les décisions sont obligatoires et dotées de l'autorité de chose jugée. La récente procédure de saisine pour avis (consultatif) de la Cour Européenne des droits de l'homme est un pont entre la Cour de cassation et la juridiction européenne

³⁷⁹ LACABARATS A., *La création de la norme sociale par le juge*, JCP S, n°31-35, 2015, p.1286

³⁸⁰ Voir titre I.

passible de conduire à des reconfigurations institutionnelles³⁸¹. Cependant, il s'agit de mettre l'accent ici sur le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne vis-à-vis du juge national, en raison de sa portée en droit social et de son effet contraignant.

Le renvoi préjudiciel. Le renvoi préjudiciel est une procédure permettant à une juridiction d'un État membre d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union dans le cadre d'un litige dont elle est saisie. Il s'agit de l'un des principaux facteurs d'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne, prévu aux articles 19, paragraphe 3, sous b, du traité sur l'Union européenne et 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le renvoi préjudiciel a le but de garantir une interprétation et une application uniforme du droit de l'Union. Ainsi, il est objectivement source de contraintes pour les cours suprêmes des États membres. Toute juridiction d'un État membre peut en principe saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle, dès lors qu'elle est appelée à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel. Dans le cadre du renvoi en interprétation de la norme de droit de l'Union, le juge national demande dans ce cas à la CJUE de préciser le sens d'une norme de droit primaire ou de droit dérivé. Leurs décisions n'étant pas susceptibles de recours internes, elles y sont tenues, notamment, lorsqu'elles sont confrontées à une difficulté sérieuse d'interprétation de ce droit.

L'encadrement de la liberté d'interprétation du juge national. La réponse apportée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'impose aux juridictions nationales. L'arrêt rendu sur renvoi en interprétation est revêtu de l'autorité générale de chose interprétée. Il s'impose à la juridiction nationale à l'initiative du renvoi, mais aussi à toutes les juridictions nationales des États membres qui rencontreraient une question identique ou similaire. En raison de cette logique, selon FAVENNECHÉRY, « Droits et principes fondamentaux de l'Union permettent d'asseoir une remise en cause du droit national dans le cadre du contrôle de conventionalité. Au centre de ce processus, les décisions de la CJUE tiennent une place majeure »³⁸². Pour ce qui est de la question en appréciation de validité, un acte déclaré valide doit être appliqué par le juge de renvoi. En revanche, lorsqu'il est déclaré illégal, le juge de renvoi doit en écarter l'application pour résoudre le litige qui lui est soumis. En outre, l'influence de ses décisions s'étendant bien au-delà de la procédure à l'occasion de laquelle la question a été posée³⁸³.

³⁸¹ MARCHADIER, F., Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude 2018 de la Cour de cassation, p. 170

³⁸² FAVENNEC-HÉRY, F., *La toute puissance de la CJUE*, Sem. soc. Lamy, n° 1870, juil. 2019

³⁸³ MARCHADIER, F., *op. cit.*, p. 171.

La Cour de justice de l'union européenne a un rôle particulier en matière sociale³⁸⁴. Fabien Marchadier explique que, par exemple, en matière de discrimination en raison de la religion ou des convictions, après les deux arrêts dits « Baby-Loup » (Soc., 19 mars 2013, pourvoi no 11-28.845, *Bull.* 2013, V, no 75 et Ass. plén., 25 juin 2014, pourvoi no 13-28.369, *Bull.* 2014, Ass. Plén., no 1, *Rapport* 2014, p. 413), la chambre sociale a posé une question préjudicielle (Soc., 9 avril 2015, pourvoi no 13-19.855, *Bull.* 2015, V, no 75) sur l'interprétation de la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » de l'article 4, § 1, de la directive précitée qui peut légitimer une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés par ce texte pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Il s'agissait, dans cette affaire, d'une salariée qui avait été licenciée pour faute pour avoir refusé d'ôter son foulard islamique lorsqu'elle intervenait dans des entreprises clientes de la société qui avaient formulé des demandes en ce sens.

Dans son arrêt du 22 novembre 2017 (pourvoi no 13-19.855), la chambre sociale a non seulement naturellement intégré la réponse de la CJUE (arrêt du 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH, C-188/15) à la question qu'elle lui avait posée³⁸⁵, mais également celle que la CJUE avait donnée à la même date à la juridiction belge sur l'interprétation de l'article 2 de la même directive, qui a retenu qu'il devait « être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive », qu'« en revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, § 2, sous b) [...]. S'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier » (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15).

Outre les limites imposées au juge par le biais du contrôle de conventionalité résultant de

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ « [...] la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ».

l'application du droit issu de l'union européenne, l'ordre juridique français permet l'encadrement du juge par le juge constitutionnel, même si par une systématique qui a une portée limitée.

6.2.2.2 II : Le contrôle de Constitutionnalité

Le droit du travail et le droit constitutionnel. Les liens entre le droit du travail et le droit constitutionnel sont relativement récents compte tenu du caractère tardif du développement de la culture constitutionnelle en France³⁸⁶. Il faudra en effet attendre près de trente ans après l'adoption du Préambule de la Constitution de 1946, et la reconnaissance de droits dits « sociaux » particulièrement nécessaires à notre temps³⁸⁷, pour que ces principes acquièrent une certaine vigueur.

La question prioritaire de constitutionnalité. Le contrôle *a posteriori* de la conformité des lois, à la Constitution par le Conseil constitutionnel a pour origine la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a ajouté un article 61-1 à la Constitution et modifié l'article 62. Il est entré en vigueur le 1er mars 2010. Désormais, le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose de ceci : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». L'article 62, alinéa 2 nouveau, possède « *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* », le Conseil déterminant « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ».

L'interprétation du juge susceptible de contrôle. Comme le souligne BERNAUD, la doctrine majoritaire a beaucoup critiqué la découverte de principes constitutionnels par les juges ordinaires ou le phénomène d'interprétation autonome : « il appartient aux juges ordinaires de ne pas porter atteinte à l'exigence d'un ordre juridique unifié autour de la Constitution en refusant de découvrir de nouveaux principes constitutionnels ou de retenir des interprétations manifestement contraires à celles données par le Conseil constitutionnel »³⁸⁸. Le contrôle par le biais de la QPC ne se limite pas à une disposition législative en soi. Le Conseil constitutionnel dégage des réserves d'interprétation qui montrent que l'interprétation est consubstantielle au texte et qu'une interprétation peut tirer le texte dans le sens d'une inconstitutionnalité, en rappelant le droit pour le justiciable de contester une interprétation

³⁸⁶ Voir titre 1.

³⁸⁷ Cons. const. 16 juil 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, GDCC, n 27.

³⁸⁸ BERNAUD V., *L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit social*, in MARTINON A., PETIT F., *Le juge judiciaire et la Constitution*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 110.

jurisprudentielle constante³⁸⁹. Il peut avoir pour objet la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée³⁹⁰, ce qui permet un encadrement de l'application de la norme constitutionnelle par le juge constitutionnel, même si une question prioritaire de constitutionnalité qui ne concerne pas des dispositions législatives mais tend, en réalité, à contester un principe jurisprudentiel est irrecevable³⁹¹. Ainsi, tout justiciable a le droit, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée. Le Conseil constitutionnel peut décider de la conformité de l'interprétation jurisprudentielle donnée à la Constitution. Si le Conseil prononce la constitutionnalité de la disposition « sous réserve », le juge devra alors appliquer la disposition dans le sens de l'interprétation donnée par le Conseil.

Un contrôle constitutionnel sous surveillance. Cependant, la réforme initiée en 2008 a donc mis en place, de manière totalement inédite, un mécanisme de *question préjudicielle* associant les juges du fond, les juges de cassation et le Conseil constitutionnel. La QPC peut en effet être posée par tout justiciable devant les juges du fond qui devront transmettre celle-ci au juge de cassation si les conditions posées par la loi organique sont remplies, voire directement devant le juge de cassation qui devra, dans les deux cas de figure, déterminer s'il y a lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel. Lorsqu'une QPC est posée devant les juges du fond, ces derniers doivent vérifier que la loi contestée « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », qu'elle « est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites », qu'« elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances », et que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». Si les conditions de la transmission à la juridiction de cassation sont réunies, les juges du fond lui transmettent et il appartiendra à la Haute Juridiction de déterminer à son tour si la question doit être transmise au Conseil constitutionnel.

La Cour vérifiera ainsi que les deux premières conditions, dont les juges du fond ont déjà eu à apprécier la réunion, sont bien caractérisées, et ne transmettra la question que si celle-ci « est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Ainsi, le contrôle potentiellement opéré par le juge constitutionnel est contrôlé par la Cour de cassation, qui fait un filtrage sur les questions qui seront transmises au Conseil. La doctrine signale que la Cour de cassation risque d'usurper le rôle du Conseil constitutionnel en opérant un avant-contrôle de constitutionnalité trop zélé. BERNAUD explique que

³⁸⁹ PETIT F., Avant-propos, in MARTINON A., PETIT F., *Le juge judiciaire et la Constitution*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 6.

³⁹⁰ Cons. const. 6 mai 2011, n° 2011-127 QPC.

³⁹¹ Civ. 3e, 15 févr. 2018, n° 17-40.069

parmi les décisions relatives au droit du travail examinées en juin/juillet 2010, un certain nombre d'entre elles n'ont pas été transmises au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation ne se bornant pas à déclarer l'absence de caractère sérieux de la question, mais en réalisant elle-même un contrôle de constitutionnalité de la loi. Elle explique que « Or, ce contrôle a été réalisé de façon plus ou moins directe, de la simple affirmation selon laquelle « la question soulevée n'est pas sérieuse en ce que subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution » (18 juin 2010, n° 10-14-749) au jugement beaucoup plus substantiel en vertu duquel « l'exigence d'un seuil raisonnable d'audience subordonnant la représentativité d'une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale et où la représentation légitime par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective des conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité » (18 juin 2010, n° 10-40005) »³⁹². Pour le professeur PETIT, « la Cour de cassation a interprété très rigoureusement la condition du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, donnant le sentiment qu'elle transformait le « filtre » en « bouchon » ! »³⁹³.

En effet, la mobilisation des dispositions constitutionnelles par le juge judiciaire porte un risque d'atteinte à l'unité de l'ordre juridique. Ainsi, « On s'est longtemps demandé si l'instauration d'une question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel ne pourrait pas permettre de régler des difficultés mises en évidence ci-avant. Toutefois, tel n'est pas l'esprit de la QPC telle qu'elle a été instaurée en 2008, ni l'esprit de la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de la réforme ! »³⁹⁴.

³⁹² BERNAUD V., *L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit social*, in MARTINON A., PETIT F., *op. cit.*, p. 113.

³⁹³ PETIT F., *Avant-propos*, in MARTINON A., PETIT F., *op. cit.*, p. 7

³⁹⁴ BERNAUD V., *L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit social*, in MARTINON A., PETIT F., *op. cit.*, p. 112.

7 CONCLUSION

Le constat. *Comment s'exprime le rôle du juge dans la construction de la norme sociale dans les pays étudiés ?*

Dans les deux réalités juridiques analysées, il semble de plus en plus difficile de nier à la jurisprudence le fait qu'elle soit source de droit, notamment en droit du travail. Ce constat découle de justifications communes et des particularités de chaque système juridique étudié. Toutefois, les « règles de droit » posées par la jurisprudence n'ont pas la même autorité que celles posées par le législateur. Ce sont des règles fragiles, capables d'être rejetés ou modifiés à tout moment, par le législateur ou par le juge lui-même.

L'analyse. Pour mieux comprendre la place du juge en tant qu'auteur de la norme sociale, nous avons proposé de distinguer les facteurs qui rapprochent et qui différencient France et Brésil, à la fois en ce qui concerne la révélation et l'encadrement du rôle du juge.

Le pouvoir de création prétorienne est accentué lorsque le juge applique des règles avec un haut degré d'abstraction et avec une position hiérarchique privilégié. Cela s'exprime surtout par l'application de la Constitution au Brésil et par l'application des droits fondamentaux issus des engagements internationaux en France.

De plus, dans les deux pays, l'organisation judiciaire est couronnée par une juridiction dont la mission est d'assurer la stricte application de la loi en droit du travail et d'assurer l'unité de la jurisprudence. Ce rôle est joué par la Chambre sociale de la Cour de cassation en France et par le Tribunal supérieur du travail au Brésil. Ces deux juridictions, ont pour mission d'analyser les questions sous un angle plus général, sans connaître des faits. Ainsi, elles sont tentées de devenir une autorité complémentaire, voire même rivale du législateur.

Nonobstant, le droit fabriqué par le juge est subordonné au droit confectionné par le législateur. Il peut toujours reprendre « la main » pour faire de la règle jurisprudentielle une norme légale ou pour contredire l'influence du juge. Les expériences récentes des réformes législatives en droit du travail français et brésilien, en témoignent.

Le rôle normatif du juge doit respecter également les principes constitutionnels et les

engagements internationaux qui lient les pays. Leur suprématie implique parfois l'intervention du juge constitutionnel ou européen, qui sont en mesure de limiter l'influence du Tribunal supérieur du travail au Brésil et du juge de la Cour de cassation en France.

Néanmoins, ces principes et normes fondamentales s'imposent de plein droit même au législateur. De plus, leur concrétisation implique l'intervention des tribunaux européens et du juge constitutionnel., ce qui peut entraîner une forme paradoxale d'inversion de la hiérarchie des institutions habilités à créer le droit.

La démocratie ? L'intervention des juges provoque des critiques grandissantes du fait de leur position de contre-pouvoir. Brésil et France consacrent la séparation des pouvoirs comme exigence essentielle à la démocratie, tandis que les juges sont en mesure de contrôler la loi et de remettre en cause la volonté générale telle qu'exprimé par le législateur.

Cependant et paradoxalement, les juges sont appelés à intervenir pour dire le droit et parfois pour s'opposer à certaines législations au nom d'intérêts supérieurs tels que les droits fondamentaux. La séparation des pouvoirs n'exclut pas le dialogue entre le juge et d'autres institutions. Le bon sens doit guider le juge pour que son intervention soit comprise comme un perfectionnement de la démocratie et pas comme l'un des symptômes de son dysfonctionnement.

8 **BIBLIOGRAPHIE :**

Ouvrages :

AUZERO Gilles, **DOCKES** Emmanuel, **BAUGARD** Emmanuel, *Précis de droit du travail*, 33^o ed, Paris, Dalloz, 2020

BARBAGELATA, Hector-Hugo, *O particularismo do direito do trabalho*, Ltr, 1996

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

BATISTA MATEUS DA SILVA, Homero , *CLT comentada*, 2e ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique, *Curso de direito processual do trabalho*, 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 13^e éd. 2020

DAVID, René, **JAUFFRET-SPINOSI**, Camille, **GORÉ**, Marie, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis, Dalloz, 12^e ed, 2016..

DELGADO, Gabriela Neves, **FREIRE PIMENTA**, José Roberto, **VIEIRA DE MELLO FILHO**, Luiz Philippe, **DE AZEVEDO LOPES**, Othon, *Direito Constitucional do Trabalho, Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*, São Paulo, LTr, 2015

FAVENNEC-HÉRY Françoise, **VERKINDT** Pierre-Yves, *Droit du Travail*, 7^e éd., 2020, LGDJ

FAVOREU Louis, **GAIA** Patrick, **GHEVONTIAN** Richard, **MESTRE** Jean-Louis, **PFERSMANN** Otto, **ROUX** André, **SCOFFONI** Guy, *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 2020

FERREIRA MENDES, Gilmar, **GONET BRANCO**, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, 16^a ed., São Paulo, Saraiva, 2021.

GHESTIN Jaques, **GOUBEAUX** Gilles, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, 4^a ed. LGDJ, 1994

GODINHO DELGADO Mauricio, *Curso de direito do trabalho*, 18° ed, São Paulo LTr, 2019

GRAU, Eros Roberto, *Pourquoi j'ai peur des juges : l'interprétation du droit et les principes juridiques*, Éditions Kimé, Paris, 2014

KELSEN, Hans, *Théorie Pure du Droit*, Éditions de la Balconnière, Neuchatel et Paris, 1953

HAULBERT, Marine, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, juillet 2020

HOUREQUEBIE, Fabrice, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ-Lextenso éd., 2010

LIMA QUINTAS, Fábio, *O mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal*. Linha pesquisa a cadêmica, São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINON Arnaud, **PETIT** Franck, *Le juge judiciaire et la Constitution*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012.

NEVES DELGADO, Gabriela, **FREIRE PIMENTA**, José Roberto, **VIEIRA DE MELLO FILHO**, Luiz Philippe, **DE AZEVEDO LOPES**, Othon (dir.), *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*, São Paulo, LTr, 2015

MENDES, G. F.; **SARLET**, I. W.; **CANOTILHO**, J. J. G.; **LEONCY**, L. F.; **STRECK**, L. *L. Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MIESSA, Élisson, **CORREIA**, Henrique, *Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto*, 8ª ed. JusPodivm, 2018

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, GF-Flammarion, 1979.

NIVARD, Carole (dir.), *Justice sociale et juges*, « Transition et justice », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021

TROPER, D. **CHAGNOLLAUD** (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, Coll. Traités, 2012, p. 666.

PÉLISSIER Jean, **LYON-CAEN** Antoine, **JEAMMAUD** Antoine, **DOCKÈS** Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e édition, Dalloz, 2008

PÉLISSIER Jean, **SUPIOT**, Alain, **JEAMMAUD** Antoine, Droit du travail, 22^e édition, Précis, Dalloz, 2004

RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque, **PINTO E SILVA** Otavio, **COSME CRAVO**, Silmara, **MAIRA FIORAVANTE**, Tamira (dir.), Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional, São Paulo, LTr, ago 2006.

RODIÈRE, Pierre, Traité de droit social de l'Union européenne, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014.

SCHMITT Carl, Théorie de la Constitution, PUF, octobre 2008

STRECK, Lenio Luiz, Jurisdição Constitucional, 6^e édition, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

SUPIOT, Alain, Le droit du travail, Puff, coll. « Que sais-je ? », 7^e ed. 2020.

TAVARES, André Ramos, Manual do Poder Judiciário brasileiro, Saraiva, 2012

TEYSSIÉ, Bernard (dir.), *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Thèmes & commentaires*, Dalloz, 2008.

WOLFGANG SARLET Ingo, **GUILHERME MARINONI** Luiz, **MITIDIERO** Daniel, *Curso de direito constitucional*, 5^o ed, Saraiva, 2016

WOLMARK, Cyril, *La définition prétorienne, Étude en droit du travail*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2007

ZOLLER Elisabeth, **MASTOR** Wanda, Droit constitutionnel, PUF, 3^e ed. 2021

ZUCATTI PRITSCH Cesar, **ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA**, Fernanda, **DA COSTA HIGA**, Flávio, **MARANHÃO**, Ney, *Precedentes no Processo do Trabalho*, RT, 2020.

Articles de doctrine :

BAUDUIN, Bérénice, « La constitutionnalisation du droit du travail, étude d'une dynamique contemporaine », Titre VII [en ligne], n° 1, Le sens d'une constitution, septembre 2018. URL complète :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-constitutionnalisation-du-droit-dutravail-etude-d-une-dynamique-contemporaine>

BARBOSA GOMES Joaquim, *La cour suprême dans le système politique brésilien*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, LGDJ, 230

BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, Vol. 5, n° 1, 2012, p.23-32

BARROSO Luis Roberto, « Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) »³³², *Quaestio Iuris*, vol.02, no 01, [en ligne], 2006, p.1-48, www.luisrobertobarroso.com.br

CARBONNIER Jean, *Sur le caractère primitif de la règle de droit*, Mélanges P. ROUBIER, 1961, T 1

CARELLI, Rodrigo de Lacerda, *O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização*, Rev. TST, Brasília, vol. 80, n° 3, set 2014

CATHALA, Bruno, *Nous devons inventer notre propre modèle de motivation*, Semaine Sociale Lamy, n°1882, 2019

CESARO, Jean-François, *Articulation de la norme interne et européenne*, JCP S 2016, 1155

CORRÊA DE BRITO, Tarcísio, *Direitos sociais fundamentais na perspectiva internacional: contribuições para uma aplicação (criativa) da teoria do controle jurisdicional de convencionalidade e de legalidade das leis trabalhistas*, Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., edição especial, nov. 2017, p. 203-269

CHAMPEAUX, Françoise, *Les grandes tendances de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Sem. soc. Lamy, n°1898, 2020

CHAMPEAUX Françoise, *Le dialogue des juges au menu du colloque Droit social*, Semaine Sociale Lamy, n°1749, 2016

CHAMPEAUX Françoise, *La Cour de cassation à l'épreuve du droit de l'Union européenne*, Semaine Sociale Lamy, n°1885, 2019

CONTENT (M.), *La chambre sociale de la Cour de cassation et le législateur*, Semaine Sociale Lamy, n°1830, 2018

DAUXERRE, Lydie, *La démocratie sociale*, in TEYSSIÉ Bernard (dir.), *Notions et normes en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2016

DAUXERRE, Lydie, « Sources nationales », *JurisClasseur Travail Traité*, LexisNexis, fascicule 1-10, 21 Mai 2020.

DE LACERDA CARELLI, Rodrigo, *O Supremo Tribunal Federal e o julgamento de Páris: o embate entre a constituição, o direito do trabalho e a ideologia em relação à prevalência do negociado sobre o legislado*, *Rev. TST, Brasília, vol. 82, no 4, out/dez 2016*.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério, *Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine*, *Rev. TST, Brasília, vol. 79, n° 3, jul/set 2013, p. 233*

DRAGO, Guillaume, « On sollicite le juge parce qu'on n'est plus capable de régler en interne des conflits, par la négociation » . - 3 questions à Guillaume Drago, professeur à l'université Panthéon-Assas Paris II, directeur du Master 2 « Droit public approfondi », *JCP G, n° 11, 13 Mars 2017, p. 294*

DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, *Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ?*, *JCP S 2012, 1050*

DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, *La constitutionnalisation du droit du travail*, *Sem. soc. Lamy, n° 1724, 23 mai 2016*.

DUPEYROUX O., *La jurisprudence, source abusive de droit : Mél. Maury, Dalloz, 1960, t. 2, p. 349*

DURAND, Paul, « *Le particularisme du droit du travail* », *Droit Social 1945, p. 298*.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), *Jean-Yves FROUIN, un magistrat dans le siècle – 2014-2018, quatre ans de jurisprudence de la Cour de cassation*, Semaine Juridique Edition Générale, n°7, 2019, p.182

FAVENNEC-HÉRY, Françoise, *Jurisprudence et relations professionnelles : l'équilibre compromis ?*, JCP S 2015, 1289

FAVENNEC-HÉRY, Françoise, *La toute puissance de la CJUE*, Sem. soc. Lamy, n° 1870, juil. 2019

FROUIN, Jean-Yves, *Un an de jurisprudence vu par le Président de la chambre sociale*, *Jurisprudence Sociale Lamy* n° 443, déc. 2017

FROUIN, Jean-Yves, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, Semaine Juridique Sociale, n°45, 2009, p.1501

FROUIN, Jean-Yves, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S, n°46-47, 2009, p.1516

FROUIN, J-Y, *Le recul du juge en droit du travail*, *Rev. Dr. Trav.*, 2020, p.18

GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives, *O ativismo judiciário e a separação de poderes*. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000, ano 108, São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019, p. 227-236.

GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives, *Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito*, *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, SP, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021.

GAURIAU, Bernard, *L'articulation de la norme nationale française avec la norme internationale*, JCP S 2016, 1157.

GÉA, Frédéric, *Les ressorts de l'interprétation jurisprudentielle*, Semaine Sociale Lamy, n°1369, 2008.

GRACIE, Ellen, *Présentation du Tribunal fédéral suprême et place dans le système judiciaire brésilien*, Cahiers du Conseil Constitutionnel n 26 (Dossier : Tribunal Fédéral Suprême du Brésil), août 2009, disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel/presentation-du-tribunal-federal-supreme-et-place-dans-le-systeme-judiciaire-bresilien>

JABLONER Clemens, *Le droit juridictionnel dans la comparaison constitutionnelle*, Cités 2017/1 (n° 69), p. 73-100

JEAMMAUD Antoine, « La “constitutionnalisation” rampante du droit du travail français », *Les Cahiers de droit*, [en ligne], volume 48, n°1-2, 2007, p. 93-119, www.er-rudit.org

JEAMMAUD, Antoine., Dossier Licenciement et Barème – Prévoir et sécuriser, « Propos conclusifs », *Dr. soc.* 2019, p. 329.

HERRERA CARLOS MIGUEL, « Démocratie, pouvoir judiciaire, droits sociaux », dans : , *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*. sous la direction de Herrera Carlos Miguel, Pinon Stéphane. Paris, Éditions Kimé, « Nomos & Normes », 2012, p. 61-78.

IRIGOYEN PEDUZZI, Maria Cristina, Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI, *Revista LTr*, Vol. 79, n 07, julho de 2015.

KRIVINE J., *Le juge du droit du travail, acteur de la justice dans le travail ?* Bulletin Joly Travail, n°111r0, 2019, p.41

LACABARATS A., *La jurisprudence en droit social*, Semaine Sociale Lamy, n°1619, 2014

LACABARATS A., *La création de la norme sociale par le juge*, JCP S, n°31-35, 2015, p.1286

LANGLOIS P., *La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Droit social, 2006, p.1084

LEMOS PAES GONÇALVES DA SILVA, Mayara, Les “súmulas vinculantes”: la compétence constitutionnelle de production de normes juridiques générales par le Tribunal suprême brésilien. *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/4, n° 108, p. 903

LYON-CAEN, Gérard, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : RTD civ.* 1974, p. 229.

LYON-CAEN, Gérard, *L'état des sources du droit du travail*, Droit social, 2001, p.1031

MARTINON, Arnaud, *Les transformations de la norme internationale*, JCP S 2015, 1250

MASTOR, Wanda, *Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille* In : *Le Droit saisi par la Morale* [en ligne]. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005 (généré le 05 janvier 2021). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/putc/1711>. ISBN : 9782379280245. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.1711>.

MAURY Jacques, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit : Études Ripert, LGDJ, 1950, t. 1, p. 28*

NIVARD, Carole, L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises, *Rev. Dr. du Trav.* 2019, pp. 808

PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **LINS ROCHA**, Matheus, *O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano Fundamental ao Trabalho: a sua aplicação no âmbito da Reforma Trabalhista*, *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Out. 2018, n° 10

PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence, *Le paradoxe d'un contentieux éclaté*, *Semaine Sociale Lamy*, n°1508, 2011

PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence, *Le juge dans le droit du travail d'aujourd'hui*, *Dr. Soc.* 2018, p. 79

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen, *O art. 8º, §§ 2º e 3º, da lei nº 13.467/2017: uma reação hermenêutica ao ativismo judicial ?*, *Rev. TST*, São Paulo, vol. 85, n° 1, jan / mar 2019

RADÉ, Christophe, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?*, *Droit social* 2010, p. 873

REVET, Thierry, *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in **DRAGO** Guillaume, **FRANÇOIS** Bastien, **MOLFESSIS** Nicolas, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1999

ROMAN, Diane, *Le juge et des droits sociaux : vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ?*, *RDSS* 2010 p. 793.

ROMAN, Diane « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, mis en ligne le 27 mars 2014, consulté le

08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/635> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.635>

SARMENTO, D., Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda . In: **SARMENTO, D. (dir.)** Livres e Iguais – Estudos de Direito **Constitucional** . Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2006, p. 177.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009, p. 95-133.

SARMENTO BARRA, Juliano, *La loi fondatrice du droit du travail au Brésil 70 ans après*, Rev. Dr. du Trava. 2015, p. 279

SUPIOT, Alain, *Pourquoi un droit du travail ?*, Droit social 1990, p. 485

TEYSSIE, Bernard, « Un nouveau droit du travail ? », JCP S 2015. 1234.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de, Supremo Tribunal Federal: contencionismo ou ativismo judicial, Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, 37 (67): 77-115, jan./jun.2003

WALD Arnold, « Le droit comparé au Brésil », RIDC, 4-1999

WAQUET, Philippe, *Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. Soc 1998, p. 62

WEBER, Jean-François. Comprendre un arrêt de la Cour de Cassation en matière civile; Bull. Inf. Ccass 15/5/2009, n° 702

LACABARATS, Alain, *La création de la norme sociale par le juge*, JCP S, 2015, p.1286

LACABARATS, Alain, *La jurisprudence en droit social, Sem. soc. Lamy, n° 1619, fév. 2014*

LANGLOIS, Philippe, *La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Droit social, 2006, p.1084

PERONE DE CAMPOS MELLO, P, BARROSO, L R, Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro, Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 09-52.

Travaux universitaires :

DE ASSIS, Luis Fabiano, Ativismo judicial na Justiça do Trabalho, thèse de doctorat, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 35.

MARTINS PADILHA GAURIAU, Rosane, La contribution du juge du travail en matière d'harcèlement moral en France et au Brésil, thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne 2016.

SUPIOT, Alain, Le juge et le droit du travail, thèse de doctorat, Université de Bordeaux 1, 1979

Rapports :

BELORGEY, Jean-Michel, MOLINA, Pierre-Antoine, *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social : étude adoptée le 4 décembre 2003 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat*, Déc 2003.

CAHUC Pierre, CARCILLO Stéphane, Les juges et l'économie : une défiance française, Institut Montagne, Étude décembre 2012

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA : Rapport annuel Justiça em números, 2020

FERRAÇO, Ricardo. *Parecer ao PLC n° 38, de 2017*. Disponible sur <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5333909&ts=1534273719499&disposition=inline&ts=1534273719499>

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS : Estudo da imagem do Judiciário brasileiro, Déc 2019, disponible sur https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS : “Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça.”, Novembre 2010

MINISTÈRE DE LA JUSTICE – INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES DE LA JUSTICE,
GARAPON, Antoine, PERDRIOLLE, Sylvie, BERNABÉ, Boris, KADRI, Charles : *La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIe siècle*, Juillet 2013

MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES, DU TRAVAIL ET DE LA SOLIDARITÉ, DE
VIRVILLE, Michel, Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Janvier 2004,

MARCHADIER, Fabien, Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude 2018 de la Cour de cassation

Sitographie :

https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/estimativa_dou_2019.pdf

https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102632

9 TABLE DE MATIÈRES

1 REMERCIEMENTS 2

2 LISTE DES ABREVIATIONS 3

3 SOMMAIRE 6

4 INTRODUCTION 7

5 TITRE 1 : LA REVELATION DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 17

5.1 CHAPITRE 1 : LES JUSTIFICATIONS DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE 17

5.1.1 SECTION 1 - DES JUSTIFICATIONS GENERALES 17

5.1.1.1 Paragraphe 1 - Un contexte favorisant la création de la norme sociale par le juge 18

5.1.1.1.1 I - L'accroissement du recours au juge 18

5.1.1.1.1.1 A. La judiciarisation 18

5.1.1.1.1.2 B. La consommation de masse de la justice 20

5.1.1.2 II - Les particularismes du droit du travail 21

5.1.1.2.1 A. L'objet du droit du travail 21

5.1.1.2.2 B. L'insuffisance du droit commun 24

5.1.1.3 Paragraphe 2° - L'obligation de dire le droit 26

5.1.1.3.1 I - L'interdiction du déni de justice 26

5.1.1.3.1.1 A. La carence de loi et le vide juridique 27

5.1.1.3.1.2 B. L'élimination des antinomies 28

5.1.1.3.2 II : La reconnaissance d'un espace de liberté herméneutique 29

5.1.2 SECTION 2 : DES JUSTIFICATIONS NATIONALES 32

5.1.2.1 Paragraphe 1 : Des particularités brésiliennes 32

5.1.2.1.1 I : La réouverture démocratique 32

5.1.2.1.1.1 A. Une large constitutionnalisation des droits 33

5.1.2.1.1.2 B. Une reconnaissance de la force normative de la Constitution et de ses principes 34

5.1.2.1.2 II : L'instabilité institutionnelle 37

5.1.2.2	Paragraphe 2 : Les particularités françaises	39
5.1.2.2.1	I : Une culture constitutionnelle naissante	39
5.1.2.2.2	II : Le défi de la complexité de la loi et de la concurrence des juges	42
5.2	CHAPITRE 2 : LA TRADUCTION DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE	44
5.2.1	SECTION 1 : AU BRESIL	45
5.2.1.1	Paragraphe 1 : Une construction normative de large portée	47
5.2.1.1.1	I – Une large marge d’interprétation conférée par le législateur	47
5.2.1.1.2	II - Une incitation croissante à l’uniformisation de la jurisprudence	50
5.2.1.2	Paragraphe 2 : Le remplacement des auteurs traditionnels de la norme sociale	55
5.2.1.2.1	I-Le remplacement des partenaires sociaux	55
5.2.1.2.2	II-Le remplacement du législateur	58
5.2.2	SECTION 2 : EN FRANCE	61
5.2.2.1	Paragraphe 1 : Le rôle normatif de la Cour de cassation	61
5.2.2.1.1	I : Le rôle normatif de la Chambre sociale de la Cour de cassation	62
5.2.2.1.1.1	A-La formulation des règles	62
5.2.2.1.1.2	B : la diffusion des arrêts	67
5.2.2.1.2	II : Le dialogue entre les juges	69
5.2.2.2	Paragraphe 2 : Une influence extérieure engageant l’exercice du rôle normatif	71
5.2.2.2.1	I : L’influence internationale	72
5.2.2.2.2	II : L’influence européenne	75

6 TITRE 2 : L’ENCADREMENT DU ROLE DU JUGE 80

6.1	CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE L’ENCADREMENT DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE	80
6.1.1	SECTION 1 : UN CADRE GENERAL	80
6.1.1.1	Paragraphe 1 : Les critiques à l’exercice du rôle normatif du juge en droit social	80
6.1.1.1.1	I : Les risques pour la légitimité démocratique	81
6.1.1.1.2	II : le déplacement de la fonction du droit du travail	83
6.1.1.2	Paragraphe 2 : Les instruments de l’encadrement du rôle normatif du juge	84
6.1.1.2.1	I : L’influence du procès sur l’élaboration des règles jurisprudentielles	84
6.1.1.2.2	II- La loi comme limite du rôle normatif du juge	86

6.1.2	SECTION 2 : DES CADRES NATIONAUX	87
6.1.2.1	Paragraphe 1 : Particularités du Brésil	87
6.1.2.1.1	II : Les limites de la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire	88
6.1.2.1.2	II : L'affrontement entre les tribunaux	89
6.1.2.2	Paragraphe 2 : Particularités de la France	91
6.1.2.2.1	I : La conception française de séparation de pouvoirs	91
6.1.2.2.2	II : La prohibition des arrêts de règlement	92
6.2	CHAPITRE 2 : LA REALISATION DE L'ENCADREMENT DU ROLE DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME SOCIALE	94
6.2.1	SECTION 1 : AU BRESIL	94
6.2.1.1	Paragraphe 1 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le législateur	94
6.2.1.1.1	I : La consécration de l'influence du juge	94
6.2.1.1.2	II : Le refus de l'influence du juge	95
6.2.1.2	Paragraphe 2 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le juge	97
6.2.1.2.1	I : Le contrôle de conventionalité	98
6.2.1.2.2	II : La suprématie de la Constitution	99
6.2.2	SECTION 2 : EN FRANCE	101
6.2.2.1	Paragraphe 1 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le législateur	101
6.2.2.1.1	I : La consécration de l'influence du juge	101
6.2.2.1.2	II : Le refus de l'influence du juge	103
6.2.2.2	Paragraphe 2 : L'encadrement du rôle normatif du juge par le juge	104
6.2.2.2.1	I : Le contrôle de conventionalité	105
6.2.2.2.2	II : Le contrôle de Constitutionnalité	107
7	<u>CONCLUSION</u>	111
8	<u>BIBLIOGRAPHIE :</u>	113
9	<u>TABLE DE MATIÈRES</u>	124